

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA RÉGIMEN JURÍDICO Y ASPECTOS
PROBLEMÁTICOS.**

FRANCHISE CONTRACT LEGAL REGIME AND PROBLEMATIC ASPECTS

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor: D. RODRIGO SÁNCHEZ RIVAS

Tutora: Dra. D^a. ADORACIÓN PÉREZ TROYA

Alcalá de Henares, a 24 de enero de 2017

EL CONTRATO DE FRANQUICIA RÉGIMEN JURÍDICO Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.

FRANCHISE CONTRACT LEGAL REGIME AND PROBLEMATIC ASPECTS.

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autor: D. RODRIGO SÁNCHEZ RIVAS

Tutora: Dra. D^a. ADORACIÓN PÉREZ TROYA

Alcalá de Henares, a 24 de enero de 2017

ÍNDICE

RESUMEN	5
ABREVIATURAS	7
OBJETIVOS	8
PLAN DE TRABAJO/MATERIAL Y MÉTODOS	8
1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA	9
1.1 Origen histórico.....	9
1.2 Franquicia moderna.....	11
2. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO	13
2.1 Distinción con figuras afines.....	13
2.2 Concepto y naturaleza Jurídica	16
3. CLASES DE FRANQUICIA	22
3.1 Clases de franquicia en base a la naturaleza de la actividad de la que es objeto del contrato.....	22
3.2 Clases de franquicia según su origen y grado de desarrollo	22
3.3 Clases de franquicia según el lugar ocupado en el establecimiento.....	24
3.4 Clasificación de franquicias según el grado de coparticipación financiera y personal	25
4. MARCO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	26
4.1 Antecedentes Administrativos y Jurisprudenciales.....	26
4.2 Reglamentos Comunitarios	26
4.3 Regulación en el Ordenamiento Interno	28
4.4 Regulación en el marco institucional	32
5. ELEMENTOS DEL CONTRATO	33
5.1 Elemento subjetivo.....	33
5.2 Elemento objetivo	37
6. FASES DEL CONTRATO	41
6.1 La fase precontractual	41
6.1.1 Incumplimiento del deber de información en los tratos preliminares	44
6.1.2 Obligación respecto al Registro de Franquiciadores	46

6.2 La celebración y vigencia del contrato, obligaciones de las partes.....	47
6.2.1 Contenido del Contrato	47
6.2.2 Las Obligaciones de las Partes	49
6.2.2.1 Obligaciones del Franquiciador	50
6.2.2.2 Obligaciones del Franquiciado.....	53
6.3 La extinción del contrato.....	55
7. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA FRANQUICIA EN ESPAÑA: LA PROBLEMÁTICA MÁS COMÚN EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y SOLUCIONES DISPONIBLES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	61
7.1 Situación de la Franquicia en España	61
7.2 Patrones generales de la problemática en las relaciones de Franquicia	63
7.3 Medidas de prevención antes de la suscripción del contrato	65
7.3.1 Prevención de la selección adversa del franquiciador	65
7.3.2 Prevención del riesgo derivado de una gestión ineficaz de las obligaciones del franquiciador.....	66
7.3.3 Prevención de la selección adversa del franquiciado	67
7.3.4 Prevención del riesgo derivado de que el franquiciado rebaje la calidad del servicio	68
7.4 Principales circunstancias conflictivas del contrato de franquicia.....	69
7.4.1 Conflictos durante la fase precontractual del contrato de franquicia .	70
7.4.2 Conflictos durante la vigencia del contrato de franquicia	71
7.4.3 Conflictos durante la extinción del contrato de franquicia.....	75
7.5 Vías de resolución de conflictos del contrato de franquicia	77
7.5.1 Vía judicial.....	77
7.5.2 Vía extrajudicial.....	77
7.5.2.1 La Mediación	78
7.5.2.2 La Conciliación	78
7.5.2.3 El Arbitraje.....	79
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	85

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es el realizar una aproximación a la figura de los contratos de franquicia, enfocado desde distintas vertientes, desde su aparición y relevancia a través de la historia hasta su finalidad en actual en el mercado, tratando igualmente su naturaleza jurídica, los elementos que componen el contrato, y su regulación normativa, así como su tipología más relevante. También se realiza un seguimiento de los hitos más relevantes durante toda la vida del contrato, desde las negociaciones precontractuales iniciales hasta su extinción, mediante una descripción detallada de sus fases, conformando una visión general del contrato a través de la discusión doctrinal y las eventuales respuestas de la jurisprudencia.

De manera simultánea, durante nuestro recorrido a través del contrato de franquicia, enfocaremos nuestro análisis en examinar las consecuencias conflictivas que pudiera generar su clausulado, así como de las herramientas al alcance de las partes, para tratar de garantizar el éxito de la relación contractual.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to serve as an approximation to the figure of the franchise contract, focus on different perspectives, such as its creation and relevance through history to its goal in the current market, addressing also its legal nature, the elements that form the contract, and its normative regulation, likewise the diversity in its typology. As well as a follow up of the most important milestones during the life of the agreement: from its initial pre-contractual negotiations to its termination. This will be carried out through a detailed description of its phases, in order to provide a general vision of the contract, by means of doctrinal discussion and the possible answers of the case law.

Simultaneously with our overview through the franchise contract, we will focus our analysis on examining the conflictive consequences that could arise its agreements; both in the available tools each part, to ensure the contractual relation success.

Palabras clave: contratos de franquicia, concepto y notas características, naturaleza jurídica, conflictos en las relaciones internas.

Key words: franchise contract, concept and characteristic notes, legal nature, conflicts in internal relations.

ABREVIATURAS

AEF. Asociación Española de Franquiciadores

Art. Artículo

Arts. Artículos

CC. Código Civil

Ccom. Código de Comercio

Coord. Coordinador

Coords. Coordinadores

Dir. Director

Ed. Edición

LGP. Ley General de Publicidad

LOCM. Ley de Ordenación del Comercio Minorista

Núm. Número

Pag. Página

Pags. Páginas

RD. Real Decreto

STS. Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS. Sentencias del Tribunal Supremo

STJUE. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS. Tribunal Supremo

Vol. Volumen

OBJETIVOS

La finalidad del trabajo en último término, será elaborar un compendio lo más estandarizado posible, y de forma ajustada a la realidad de la práctica en el mercado, del contenido principal del contrato de franquicia, recabando sus particularidades y circunstancias más conflictivas durante todas las fases del mismo, para servir de guía práctica a aquel que quiera consultar acerca de las vicisitudes de esta figura, poniendo a su alcance dicha información, corroborada por la normativa, la doctrina, así como por las resoluciones más importantes de los Tribunales, conformándose como un recurso que pueda garantizar el afrontar una posible subscripción de un contrato de franquicia con ciertas garantías.

PLAN DE TRABAJO/MATERIAL Y MÉTODOS

La metodología utilizada para realizar este estudio, será la conformación de una visión general de la figura, a través tanto de las definiciones recogidas en normativa disponible, la discusión doctrinal respecto a la interpretación de la misma, así como los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia más relevantes, abordando la misma desde distintos enfoques, en base a las circunstancias de todos los actores implicados al respecto, aportando cada uno de estos una porción de información al conjunto general, que permita arrojar una perspectiva global y conectada de la figura en nuestro Ordenamiento Jurídico, que a su vez posibilite llevar a cabo un enfoque práctico de las cuestiones que se tratan en el cuerpo del trabajo.

1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1.1 Orígenes Históricos

En la opinión de algunos autores, los primeros antecedentes de la figura de la franquicia provienen del francés en concreto del término *fanc*, cuya traducción significa libre, y del concepto del *le franc*, que, en francés antiguo, se asemejaba a un privilegio otorgado.

Este término se acuñó en la Francia medieval, derivado del verbo *francher* que significaba otorgar mediante las conocidas como “cartas francas” o “Cartas de franquicia”, ciertas concesiones o privilegios, concedidas por los gobernantes a sus súbditos; Estas *franchises* podían ser de dos tipos, por un lado las conocidas como prerrogativas reales, en relación con las autorizaciones puntuales concedidas por dicho estamento a la nobleza, por otro, aquellas que recogían privilegios relacionados con el ejercicio de ciertas actividades como la recaudación de impuestos, servicios militares, derechos territoriales o de vasallaje.

Dentro del primero de los tipos de Cartas de franquicia, las más antiguas de las que se tiene constancia hoy en día, tuvieron lugar en el siglo XI, otorgadas a nobles y caballeros, con la finalidad de fundar o poblar villas reales que tuvieran algún tipo de interés económico o estratégico para la Corona, y por lo cual eran recompensados con ciertos privilegios como la exención de impuestos, derechos territoriales, libertad de circulación de habitantes o ganado.

Coexistiendo con aquellas prerrogativas reales, se encontraban otra clase de concesiones que facultaban a particulares la realización en cierto tipo de actividades, tales como la pesca, la caza o la explotación forestal, que permitía en ejercicio de la misma en cierto territorio¹.

La más antigua de estas concesiones que se conserva hoy en día se encuentra recogida en una carta fechada en marzo de 1232, en la localidad francesa de Chambey².

Algunos autores recogen como una de forma análoga, la iglesia católica en la edad media otorgaba privilegios a ciertos grupos de individuos de forma singular para el uso

¹ BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J.G., “*La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*”, ESIC editorial, Madrid, 2002, pag.19.

² CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I., “*Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (Primera Parte)*”, Estudio realizado en el marco de la asignatura Derecho Mercantil II (Curso 2000/2001) de la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Almería y dirigido por el profesor Dr. D. Carlos Vargas Vasserot, pag.2.

de su nombre y enseña, dichos privilegios concedía la potestad a los franquiciados oficiales de recaudar impuestos en el nombre la iglesia, pudiendo quedarse un porcentaje de los mismos, mientras el grueso era llevado al vaticano³.

La Franquicia llega a los territorios cristianos de la península ibérica (especialmente a los territorios del norte) a través de los Pirineos, en plena época de dominación musulmana, su otorgamiento se realizaba por medio de las conocidas como “Cartas pueblas” o “Cartas de franquicia”, y eran otorgadas con el fin de propiciar la repoblación de las extensas zonas reconquistadas, por lo que estos documentos venían a conceder una reducción de los privilegios señoriales, otorgar libertad a los siervos, y garantías frente a la propiedad o libertad en el comercio, pues concedían la potestad jurídica que otorgaba el derecho a su tenedor a poder elegir representante. Estos documentos llegaron a servir como moneda de cambio en toda Europa, frente a las reivindicaciones tanto de gremios Burgueses que ejercían presión luchando por la creación de ciudades que no estuvieran de la tutela real o señorial, como en las revueltas de los agricultores, quienes con esta concesión vieron evitados los gravámenes feudales.

Como vemos la figura de franquicia en sus orígenes, estaba concebida entorno a los conceptos de libertad, exención y concesión. Si bien la concepción medieval de la figura, muere con el fin de dicha configuración social, se puede encontrar esta acepción del término en actividades en plena vigencia (Tales como las aduaneras o postales.)⁴

Existen registros de otro tipo de concesiones similares como antecedentes a la figura de la franquicia que tienen lugar en Alemania en el siglo XVII, en los mismos encontramos una primera manifestación de franquicias comerciales en el sector de la cervecería, por la cual las casas cerveceras concertaban con las tabernas, la distribución de su cerveza en exclusividad⁵.

³ MOREJÓN GRILLO, A., “El Contrato de Franquicia”, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, www.eumed.net.

⁴ BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J.G., OP.CIT, pags. 20-21.

⁵ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I., OP.CIT, pag. 2.

1.2 La Franquicia Moderna

Para la mayoría de la doctrina, las verdaderas raíces de las características de la figura de la franquicia como el modelo contractual de colaboración empresarial que conocemos hoy en día, tienen su origen en los últimos años del siglo XIX, y los comienzos del XX, cuando en los Estados Unidos, surge una nueva forma de expansión de las actividades comerciales en el norte del país, practicada de forma pionera por la empresa de máquinas de coser SINGER CORPORATION, la cual en torno al año 1912 atravesaba por un momento de dificultad, por lo que creó una forma de distribución nunca antes vista. Decidió vender sus productos a sus comisionistas que debían buscar el mercado para ellos, cobrando la compañía un porcentaje a los concesionados en concepto de exclusividad en determinados territorios, esto le permitió reducir la carga que suponían los asalariados y pasó a formar el primer esquema de concesionarios de Estados Unidos, como concesión de franquicia para producto y nombre comercial. Sin embargo, no comenzó a utilizarse bajo esa denominación hasta el año 1925⁶.

Los inicios como sistema de distribución comercial tienen lugar en el año 1929, cuando GENERAL MOTORS, elabora un contrato de colaboración para propiciar el asociacionismo entre la empresa central y sus distribuidores, propiciando la colaboración entre ambas, al tiempo que posibilita la independencia entre las mismas. Este sistema además permitía eludir la legislación *antitrust*, de la época que imposibilitaba a los fabricantes de vehículos venderlos de forma directa al consumidor final, esta práctica se extendería posteriormente a otros sectores comerciales en Estados Unidos tan importantes como el del petróleo, o el de los refrescos con empresas como COCA-COLA.

De forma simultánea en el ámbito europeo es en Francia donde encontramos de nuevo la primera manifestación de esta franquicia moderna, en el caso de la fábrica de lanas LA LAINIERE de *Roubaix*, la cual en pos de garantizar la salida de su producto al mercado crearon la firma PINGUOUIN, vinculándola a un gran número de comercios minoristas, acordando con estos que al contratar con ellos se garantizaban la exclusividad en la distribución de sus productos en su área geográfica ⁷.

⁶ MOREJÓN GRILLO, A., OP.CIT.

⁷ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I., OP.CIT, pag. 2.

De esta manera ya podemos identificar perfectamente a través de estos casos pioneros cómo se alcanza una concepción de la figura de franquicia, cercana a la de satisfacer los deseos de expansión de los comerciantes, que será el germen impulsor de esta figura.

Esta concepción no es otra que el resultado de la suma de dos intereses mercantiles, que trascienden el esquema contractual establecido en su época, para aunar los deseos de expansión de la primera de las partes, con el fin de emprender una actividad de éxito reconocido de una forma indirecta en un determinado territorio por parte de un segundo que realizará dicha actividad. Por lo que resumida de una forma sucinta, la franquicia se conformará como aquel acuerdo por el que aquellas empresas poseedoras de un modelo de negocio exitoso permiten a la contraparte para posibilitar la reproducción idéntica de su negocio o de parte de este, sobre la base del uso de los derechos de propiedad intelectual de los que es titular, de la asistencia técnica y la supervisión constante, a cambio de una prestación.⁸

Es durante la década los años 50 tras el final de la Segunda Guerra Mundial cuando se propicia la extensión de este modelo contractual, debido a un clima favorable resultado de una coyuntura socio-económica propicia, causada por diversos factores tales como un incremento del poder adquisitivo de la población, el retorno de un elevado número de excombatientes sin formación superior, así como el incremento de nuevas tecnologías⁹.

⁸ DE LAMO MERLINI, O., *"Aproximación a una perspectiva civil del contrato de franquicia"*. [Trabajo de curso] (No publicado) (2010), E-prints Complutense, pags. 1-2.

⁹TORRUBIA CHALMEDTA, B., *"El Contrato de Franquicia"*, Cuadernos de derecho y comercio, Núm. 54, octubre 2010, pag. 303

2. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

2.1 Distinción con figuras afines

La primera de las consideraciones doctrinales respecto a la franquicia en nuestro ordenamiento jurídico, fue la de asemejarla a un tipo de concesión, pues inicialmente la doctrina centró su estudio en el modelo de franquicia de distribución por ser este el más extendido en sus orígenes, no obstante, si bien en ambos contratos se puede extraer como elemento común la relación directa del franquiciado y el concesionario con el público que son los consumidores, el objeto es diferente, pues el concesionario no tiene en ningún caso atribuida la facultad de desarrollar el modelo de empresa del concedente, sino que únicamente tiene atribuida la facultad de ofrecer a los consumidores los productos de éste, así como en su caso hacer uso de sus signos distintivos, para que quede constancia de la relación que mantiene con él ¹⁰.

Por tanto el elemento diferenciador es que en el contrato de franquicia se transmite un *know-how*, es decir una fórmula empresarial que se pretende reproducir por parte del franquiciado mediante este contrato, que se compone de una serie de conocimientos técnicos o comerciales que no se han hecho accesibles al público, y es lo que en su conjunto aporta valor a la franquicia, mientras que por otro lado la empresa franquiciadora pretende de este modo conseguir elevar lo más posible la integración de sus distribuidores, al aparecer todos ellos como si fueran filiales o sucursales del franquiciador frente al consumidor, lo que le permite una implantación uniforme incluso a escala global sin arriesgar capital propio¹¹.

Podría considerarse también la similitud del contrato de franquicia, al de un contrato de colaboración, si nos limitamos a considerar que el franquiciado coopera o colabora con el franquiciador porque al explotar este el negocio de franquicia, no está actuando únicamente en su propio interés pues también estaría expandiendo y consolidando la red, sin embargo, esta visión excesivamente simplista obviaría que la cooperación que es característica en los contratos de colaboración, tales como el mandato, comisión, agencia... debe de ser jurídicamente relevante por consistir la misma en una actuación

¹⁰ TORRUBIA CHALMETA, B., OP.CIT, pag. 311.

¹¹ BROSETA PRONT, M. MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual De Derecho Mercantil”, VOL II, 23ª ED., Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pag.138.

por cuenta de otro con eficacia en la esfera jurídica del interesado, así como la ajenidad del resultado por parte del colaborador. Por lo que podemos observar como la franquicia se encuentra distante a estos caracteres esenciales de forma significativa, puesto que el franquiciado realiza la explotación de su negocio tanto en su nombre como por su propia cuenta, de tal manera que de ningún modo sus actuaciones frente a terceros se realizan con heteroeficacia respecto al franquiciador, por lo que, aunque el de franquicia se trate de un contrato oneroso, la remuneración del franquiciado nunca vendrá del franquiciador; sin perjuicio de que efectivamente pueda existir un interés común por ambas partes en reproducir y explotar la franquicia, incluso cuando la compensación económica del franquiciado consista en su participación en los beneficios de la explotación de la franquicia.

Una constante histórica de la polémica doctrinal respecto a la consideración del contrato de franquicia ha sido la establecida en torno a la relación de la franquicia con el contrato de licencia de marca, conformándose dos líneas principales de argumento en esta problemática, por un lado la de aquellos partidarios de identificar la franquicia con el contrato de licencia de marca o bien al menos considerar la licencia de marca como un elemento esencial de la franquicia, frente a la de aquellos otros, que consideran a la franquicia como una figura que requiere un tratamiento autónomo con respecto a la licencia de marca¹².

Esta diferencia de criterios, viene siendo arrastrada desde la misma jurisprudencia inicial de Estados Unidos, país donde como veíamos en el epígrafe anterior surgió la franquicia moderna, pues mientras que inicialmente en el caso <<*Susser v. Carvel Corporation*>>, 1962, *Trade Cas.*, Section 70, 350 (SDNY), la marca de un producto fue calificada como la piedra angular de un sistema de franquicia conectando por tanto la licencia de marca al contrato de franquicia, con posterioridad al caso <<*Principe v. Mc Donald's Corporation*>>, 1980-2, *Trade Cas.*, section 63, 556 (4th Cir.1980), la concepción de la franquicia pasa a ser la de un contrato de cesión de uso de un método integral de explotación de empresa, que incluye no solamente el derecho al uso de una marca, sino que también faculta el formar parte de un sistema, por lo que no sería

¹² LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos”, ANALES DE DERECHO, Núm. 18, 2000, pag. 99-102

consecuente a ojos del tribunal estadounidense la calificación del contrato de franquicia como poco más que el de una licencia de marca al uso¹³.

A la hora de abordar esta cuestión en la doctrina española, la postura de que la licencia de marca es el elemento esencial en la franquicia ha resultado inadmisibile, en cuanto a que si atendemos a las circunstancias en la franquicia de distribución, no se concede realmente licencia de marca alguna pues lo que realmente concede el franquiciador no es la capacidad al franquiciado para aplicar la marca al producto correspondiente, sino únicamente el suministrarle productos que ya están dotados con su marca; si bien es cierto que esta postura está sujeta a matizaciones, que pueden incluir una licencia de marca en las franquicias de distribución, como las que suponen la posibilidad de uso de la marca en el rótulo del establecimiento, así como en campañas publicitarias.

En el caso de aquellos contratos de franquicia de producción y de servicios, la diferenciación más relevante con la licencia de marca radica en que el franquiciador desarrolla un control activo sobre la explotación empresarial del franquiciado que gira en torno a la comercialización en toda su amplitud, en contraposición con el control pasivo y limitado a los estándares de calidad de los productos que ejerce el licenciante sobre el licenciado¹⁴. En este aspecto, también resulta un elemento diferenciador el número de prestaciones que la franquicia como contrato marco incluye en calidad de elementos constitutivos del tipo, que exceden de forma significativa el contenido del contrato de la licencia de marca, tales como la asistencia técnica o la formación del personal, por enumerar algunos y que, si se atendiera a la consideración de licencia de marca, tendrían que recibir el tratamiento de pactos accesorios; todo esto sin perjuicio de que la diferenciación básica entre ambas figuras radica en su objeto, siendo el mismo el de la marca en cuanto bien inmaterial en el caso del contrato de licencia, mientras que en el caso del contrato de franquicia lo es el del método de explotación de una empresa, el objeto del mismo¹⁵.

¹³ TORRUBIA CHALMETA, B., OP.CIT, pag. 311.

¹⁵ IBIDEM, pag. 312.

2.2 Concepto y Naturaleza Jurídica

Antes de acudir a las diversas conjeturas de la doctrina con respecto al concepto y la naturaleza jurídica de la figura de la franquicia, podemos detenernos a analizar el primer concepto general que tenemos hoy en día de la misma, tal y como ha sido configurada por su utilidad económica, para posteriormente plantearnos como hemos llegado al mismo a través de los debates doctrinales que han ido conformando el concepto de la franquicia. Entendemos así a la franquicia como aquel sistema de colaboración, por el cual un franquiciador cede a terceras personas, ya sea una marca, producto, servicio, que ha sido probado y ha resultado ser rentable en el mercado, junto con un “saber hacer” o “*know-how*” específico, que le permita gestionar de una forma adecuada el negocio. Por otro lado, el franquiciado aportará una inversión inicial y un pago periódico, así como su esfuerzo personal en la gestión del negocio¹⁶; esta figura resultante, surge como escisión en el contrato de concesión, y como vemos viene a facilitar una distribución estable de determinados bienes o servicios a través de la organización de una red¹⁷.

Gran parte de la dificultad a la hora de alcanzar un concepto de franquicia, radica en la circunstancia de encontrar en la normativa dos definiciones, diversas entre sí, ya por un lado tenemos la que proporciona el art 62.1º LOCM que establece que habrá de considerarse como tal, aquel acuerdo *“por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquicia, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”*, y por otro lado el que dispone el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, en el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en el régimen de franquicia, así como la comunicación de datos al registro de franquiciadores, que define a la mencionada actividad en su artículo 2º como, *“aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o una actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende ,por lo menos:*

¹⁶ CIEZA RENTERÍA, C/REDONDO MIRALLES., OP.CIT, pag. 2.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Instituciones de Derecho Mercantil”, VOL II, 37ª ED., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pag. 248.

a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.

b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular.

c) La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

La divergencia entre las dos concepciones radica principalmente en que la primera de las definiciones reproducidas incurre en un exceso de amplitud, tanto por el hecho de no entrar a considerar lo que denomina como “*sistema de comercialización*”, como por omitir la onerosidad como elemento definitorio del contrato¹⁸, así como por no diferenciar entre este y su objeto -la franquicia-, debido a lo cual se vienen arrastrando una serie de confusiones sobre el verdadero objeto del contrato, pues este es constituido por la franquicia en sí misma no por el servicio o productos que el franquiciado vaya a distribuir, por lo que para evitar esta confusión en el objeto, resulta necesario hacer la distinción de la propia naturaleza jurídica del contrato, que pese a que desde un punto de vista económico sirve a la distribución de mercancías y servicios, su causa no obstante, se encuentra alejada de la categoría jurídica de los conocidos como contratos de distribución, y cercana a la de los contratos de explotación de derechos sobre bienes inmateriales, tales como las licencias de patentes, de marcas o de *know-how*¹⁹.

Sin embargo, una vez señalada la diversidad entre los conceptos, los mismos no han de resultar incompatibles, pues las definiciones se corresponden con la doble naturaleza de la figura y parecen responder a distintas finalidades, de este modo mientras que la finalidad del primer concepto de franquicia que establece la LOCM, es la de acotar

¹⁸ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pags. 7-8.

¹⁹ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag. 97.

aquellos acuerdos que han de ser considerados como contratos de franquicia de entre todos los relativos a la distribución comercial, a los efectos de sujeción normativa en relación a los deberes precontractuales, la definición del Reglamento en cambio opera únicamente dentro del ámbito de la defensa de la competencia.

Para algunos autores mercantilistas la extensa delimitación de la LOCM, tiene como objetivo el amparar, acuerdos que no estén integrados en la categoría desde una concepción económica, tales como los contratos de licencia de *know-how*, cuando el mismo consista “*sistema de comercialización de productos o de servicios, los de concesión(..) y aun de distribución selectiva en que concedente o fabricante proporcione al concesionario o distribuidor un sistema propio de comercialización*”, sin uno de los rasgos definitorios del contrato de franquicia, la identificación total del establecimiento del franquiciado con el del franquiciador por medio del uso de los signos del mismo²⁰.

También resulta necesario señalar el concepto Jurisprudencial que ha venido conformándose en la doctrina del Tribunal Supremo, principalmente en aquellas Sentencias que conforman la piedra angular de la misma, en las que se puede apreciar cómo ha resultado esencial para conformar el concepto del contrato la determinación de sus condiciones de ejecución, más allá del objeto del mismo, es decir, de lo que mínimamente haya de constituir la franquicia, indicándolo como la “*técnica en la actividad industrial, o comercial o de prestación de servicios*”, o “*aquello sobre lo que se ostentaba la titularidad*”, como podemos apreciar en las SSTs de 27 de septiembre de 1996, y de 4 de marzo de 1997 respectivamente, en las que se ve superada tanto la perspectiva del contrato de franquicia como licencia de marca como la concepción cercana a los contratos de distribución, y se recalca la exigencia de unas condiciones de ejecución del contrato, tales como una vigencia temporal y geográfica del derecho de explotación, así como de que este se ejerza bajo el control del franquiciador²¹.

Una vez observadas estas nociones básicas, podemos establecer en primer lugar una definición más elaborada y doctrinalmente común del contrato de franquicia como:

²⁰ RUIZ PERIS J. I., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, en PIÑAR MAÑAS, J.L./ BELTRAN SÁNCHEZ, E. (DIR), comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista y a la ley Orgánica complementaria, CIVITAS EDICIONES S.L, Madrid, 1997.

²¹ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag. 98.

“Un contrato complejo o atípico, consensual, y sinalagmático, civil o mercantil según su objeto, mediante el cual una de las partes, el concedente o franquiciador, concede a la otra, denominada concesionario o franquiciado, mediante el pago de un canon, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa, o un servicio con prestaciones accesorias, previamente convenidas”²².

El siguiente paso será extraer y delimitar las características de este contrato siendo normalmente definido como: atípico, bilateral, sinalagmático, y de tracto sucesivo, para posteriormente realizar el estudio de la caracterización del contrato.

Respecto a las mencionadas características no son objeto de discusión tanto su onerosidad como la bilateralidad del contrato, sin embargo, no resulta tan pacífica la consideración de la doctrina con respecto a su atipicidad, pues de una parte algunos autores muestran su posicionamiento a favor de la atipicidad de la figura al entender que el propio art 62 de la LOCM, no ha llegado a subsanarla, debido a su paupérrima perspectiva del tipo contractual, dado que dicho precepto únicamente nombra y configura el contrato, obviando definir cualquier régimen propio pese a que su enunciado reza sobre la regulación del régimen de franquicia, por lo que el contrato de franquicia sigue siendo atípico, al mantenerse privado de su una disciplina orgánica jurídico privada²³.

Como decíamos esta concepción sobre la atipicidad, no resulta compartida por toda la doctrina, pese a que resulta común el cuanto menos reconocer que está regulado de una manera fragmentaria, dispersa y sobre todo, insuficiente²⁴, existe la vertiente doctrinal que no reconoce el contrato de franquicia como atípico, y no solo por la creencia de que la idoneidad de la utilización de dicha clasificación ha de estar reservada únicamente para aquellos negocios carentes de regulación legal, sino también por señalar que el uso derivado de los pactos entre las partes se han venido convirtiendo en costumbre que no permiten por tanto configurar a la franquicia como atípica, pues tal y como estos autores señalan existen incluso una serie de códigos de conducta realizados por los

²² CHULIÁ VICENT, E/BELTRÁN ALANDETE, T., “Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos I”, ED., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.pags.170 y ss.

²³ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.99.

²⁴ VICENT CHULIÁ, F., “Introducción al Derecho Mercantil”, VOL II, 23ª ED., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

franquiciadores, que resultando de obligado cumplimiento, disponen de forma imperativa, cual será tanto el contenido como el significado del contrato²⁵.

Podemos por tanto afirmar, que si bien la mayoría de las normas relativas al contrato de franquicia, presentan una naturaleza mercantil en pos de la libre competencia, dicha normas deberían de tener un reflejo en el contenido jurídico privado del contrato, por lo que para algunos autores resulta apropiado señalar, que la franquicia actualmente es un contrato que tiene tipicidad de configuración, pese a no disponer de una regulación sustantiva completa y propia²⁶.

Debido a lo cual, debemos preguntarnos cuáles serán las normas legales oportunas a las que acudir ex art 1258 CC, para la solución de posibles conflictos no contemplados, ni por las normas en la materia, ni en la posible solución prevista por las partes.

Esta cuestión tiene como finalidad el determinar la naturaleza del contrato de franquicia, y que además permite enlazar con otra característica propia del mismo, ya que queda definido como un contrato de tracto sucesivo.

El funcionamiento real del contrato resulta de nuevo una cuestión no exenta de controversia como hemos visto anteriormente que es habitual en esta figura, pues si bien existen más vertientes, se suele considerar por la doctrina el contrato de franquicia como una figura contractual mixta, similar a las licencias de explotación de bienes inmateriales atendiendo a dos circunstancias:

La primera de ellas es que no debemos dejar de señalar, que nos encontramos ante la utilización de una serie de derechos concretos sobre ciertas creaciones intelectuales con un tiempo delimitado a cambio de una contraprestación, por el cual la franquicia se conforma como la concesión al franquiciado de la capacidad de explotar la imagen empresarial y probada en el mercado de forma exitosa, facultándolo a reproducir la totalidad de su sistema, tanto la identificación, organización y forma de operar la

²⁵ Asociación española de franquiciadores(AEF). www.franquiciadores.com.

²⁶ MARTINEZ SANZ. F., "De la actividad comercial en régimen de franquicia", en Régimen jurídico general del comercio minorista: comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria. F. J Alonso Espinosa, F. J /Reverte Navarro. A/ López Pellicer. J/ Massaguer Fuentes. J (Coordinadores), McGraw-Hill, Madrid, 1999.

empresa, a cambio de una contraprestación dineraria, y bajo el control del franquiciador.²⁷

La segunda de estas circunstancias, es que esta consideración mixta del contrato resulta necesaria en relación la imposibilidad tanto a la hora de integrar las características de la figura como de resolver los posibles problemas de cumplimiento o extinción de las mismas acudiendo a un único régimen normativo, sino que se deberá de acudir al régimen normativo específico que resulte necesario de forma ineludible, por razón de la sede jurídica a la que los mismos pertenezcan; esta circunstancia queda ilustrada al plantearnos cómo será necesario acudir el caso a la normativa del contrato de compraventa, si el supuesto en cuestión se da entre un franquiciador que provea de mercancías al franquiciado, o mediante el régimen propio del arrendamiento de servicios, cuando se trate sobre la requerida asistencia técnica en la explotación de la franquicia, que realice el franquiciador, por ilustrar con algunos ejemplos²⁸.

²⁷ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.100.

²⁸ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pags. 11-12.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., "La franquicia", TRIVIUM.S.A, 1991, pag.79.

3. CLASES DE FRANQUICIA

Dejando a un lado el enorme número de acuerdos de diversa categoría que pueden llegar a contenerse bajo este contrato, a continuación, presentaremos algunos de los modelos básicos sobre los que se instrumenta la figura, en base a diferentes grados de actividad y complejidad.

3.1 Clases de franquicia en base a la naturaleza de la actividad de la que es objeto el contrato

En primer lugar, la clasificación de la franquicia de acuerdo a su objeto viene dada por la establecida en el *considerando tercero*, del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre y es la siguiente:

- Franquicia Industrial o de producción, en este modelo el franquiciado adquiere la potestad de fabricar aquellos productos que fabrica el franquiciador, para ello este ha cedido mediante la contraprestación correspondiente, una patente y/o *know-how* técnico que permitirán la fabricación de los productos que posteriormente se comercializarán bajo la marca que distingue la red, siendo el franquiciado informado también de los procedimientos administrativos y de gestión al igual que de las técnicas de venta empleadas.
- Franquicia de Distribución, en este supuesto el franquiciado adquiere el derecho de vender los productos que le suministre la empresa franquiciadora, bien sea aquellos que ella misma fabrica, o de los cuales la fabricación está encargada a terceros vinculados económica o jurídicamente con el mismo, que además aporta un *know-how* comercial con experiencia probada al respecto.
- Franquicia de Servicios, en la misma el franquiciador otorga al franquiciado la potestad de prestar a terceros los mismos servicios que presta el franquiciado, dichos servicios ser prestarán bajo los distintivos de la red, y siguiendo las instrucciones del franquiciador²⁹.

²⁹ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.94

3.2 Formas específicas de franquicia

- Franquicia Master Franquicia principal o maestra, tiene lugar en los casos en los que el franquiciador otorga un franquiciado denominado principal, el derecho de explotar una franquicia con el propósito de realizar acuerdos de franquicia con terceros, que serían los franquiciados, bajo un sistema delimitado por él, ejerciendo por tanto en este modelo el franquiciado principal el rol de franquiciador, en un mercado determinado³⁰; posibilitando de este modo la adaptación del paquete de franquicia a las particularidades legales, económicas y comerciales del país en cuestión, de una forma más rápida³¹. Si bien respecto a las mismas se ha venido defendiendo su inclusión en el concepto legal y jurisprudencial, por ser considerada como una modalidad concreta y operativa de franquicia (tal y como disponía el art 2. Pf.2 del RD 2485/1988, de 13 de noviembre), para algunos autores no debe considerarse como asumida su homologación de forma indiscriminada, en base a la posibilidad de que la finalidad de esta franquicia principal o maestra, no venga a ser la reproducción del modelo de empresa por el franquiciado en su propio interés, sino que sea la autorización a éste para poder concluir acuerdos, o mejor dicho contratos, de franquicia con terceros, que serían los (sub)franquiciados³².
- Franquicia Global, en las mismas se ocupa todo el establecimiento donde está ubicada. Es el modelo al que pertenecen la mayoría de las franquicias, se guarda entre sí una homogeneidad en el diseño, la ambientación, los rótulos, bienes o servicios.
- Franquicia Coner, consiste en franquiciar únicamente algunos de los productos o servicios que se prestan en el establecimiento comercial en la que la dependencia económica se establece en función de un tanto por metro cuadrado, ocupado bien por el córner o por un porcentaje sobre las ventas que se realicen en ese espacio ocupado.
- Franquicia *shop in the shop*, esta tipología tiene lugar comúnmente en grandes almacenes o hipermercados con un *merchandising* propio, en los cuales se reproduce exactamente el modelo que la cadena tiene establecido de forma

³⁰ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag.18.

³¹ CIEZA RENTERÍA, C/REDONDO MIRALLES., OP.CIT, pag. 17.

³² LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.94

integral para cada establecimiento, simulando así el que se tratara de un comercio distinto a aquel en el que se encuentra³³.

3.3 Clasificación de franquicias según su origen y grado de desarrollo

En función del nivel de desarrollo alcanzado que ha experimentado el sistema de franquicia, desde su origen hasta su concepto más actual podemos diferenciar:

- Franquicia de Primera Generación, encaja con la forma de franquicia comercial que surgió entre los cerveceros alemanes en el siglo XVII, que ya hemos mencionado en este trabajo y mediante la cual estos fabricantes contrataban con las tabernas la venta de su marca exclusivamente, se conoce a este sistema como franquicia de puntos de venta cautivos.
- Franquicia de Segunda Generación (TIPO I), en este modelo los fabricantes contratan un sistema para la distribución de sus productos con los franquiciados, esta tipología es denominada por algunos autores como concesión de franquicia para producto y nombre comercial, al ser estas las bazas más importantes para su comercialización. El objetivo de la misma es asegurar al franquiciador la distribución de sus productos de manera eficaz.
- Franquicia de Tercera Generación (TIPO II), este modelo es también conocido como franquicia propiamente dicha, en el mismo se mantienen como elementos constitutivos la marca y el producto, pero además se incorpora como elemento fundamental, el *know-how*, que dota la relación de una mayor complejidad, facultando a los franquiciados a replicar dicho prototipo en sus respectivos mercados, esta tipología ha crecido de forma vertiginosa y se ha implantado en innumerables sectores de la economía³⁴.

³³ CHULIÁ VICENT, E/BELTRÁN ALANDETE., OP.CIT.pags.170 y ss.

³⁴ BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J.G., OP.CIT, pags. 35-36.

3.4 Clasificación de franquicias según el grado de coparticipación financiera y personal

- Franquicia activa, en la que la gestión directa del negocio corresponde al franquiciado.
- Franquicia financiera, en la que la gestión directa del negocio se encuentra delegada en un gerente, pues el franquiciado en esta modalidad realiza únicamente la función de inversor.
- Franquicia asociativa, una modalidad poco habitual en la que una sociedad está implicada en la otra, es decir, que una de las partes dispone de una inversión en la empresa de la otra ³⁵.

³⁵ CIEZA RENTERÍA, C/REDONDO MIRALLES., OP.CIT, pag. 17.

4. MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

4.1 Antecedentes administrativos y Jurisprudenciales

En la práctica española existen antecedentes administrativos y jurisprudenciales que recogieron contratos de franquicia, como es el caso de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha de 30 de marzo de 1974, el caso << *Parfums Marcel Rochas* >>, y de fecha de 18 de abril de 1990, como es el caso de un contrato de subfranquicia recogido en el caso << *Blitz Candy, S.A.* >>, y de 21 de marzo de 1991(Caso TOSHIBA); Sin embargo, la primera referencia directa de la franquicia en nuestro ordenamiento, vino concedida por el art.1 del R.D. 1.750/1987, de 13 de noviembre sobre Transferencia de Tecnología y Prestación de Asistencia Técnica Extranjera a Empresas Españolas.

En el marco de la Unión Europea, resulta un punto de inflexión la STJUE de 28 de marzo de 1986 caso <<PRONUPTIA>>, pues se reconoció por primera vez esta modalidad contractual, y el Tribunal lo distingue de forma esencial del contrato de distribución es exclusiva, definiéndolo como un contrato de transmisión de un modelo empresarial al franquiciado y, por tanto, basado en el *know-how* que éste último recibe, por lo que en pos de la protección del mencionado *know-how*, y de la unidad de la red de franquicias se justifican en el mismo las mayores restricciones a la competencia³⁶, desencadenando una serie de procedimientos, consecuencia de los cuales se materializaron en el dictamen del Reglamento 4087/88/CEE ³⁷.

4.2 Reglamentos Comunitarios.

Parece adecuado comenzar la regulación normativa con los Reglamentos Comunitarios dado que, por su propia naturaleza legal, se han integrado directamente en el ordenamiento español, y además han servido como fuente de inspiración a la redacción de nuestra normativa al respecto.

En primer lugar, el Reglamento(CE) núm. 4087/88, de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado tercero del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de

³⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*

³⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J/ DÍAZ MORENO, A (Coords.), *“Derecho Mercantil”*, VOL V Contratación Mercantil 15ª ED., Marcial Pons, Madrid, 2013, pag.122.

acuerdos de franquicia, en el mismo define al contrato de franquicia como aquel *“contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende por lo menos el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know-how, y prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”*.³⁸

De otro lado, el Reglamento único de exención nº.2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Aun cuando el segundo viene a derogar al primero, no se puede pasar por alto como este ha venido conservando su valor de fuente de referencia en cuanto al concepto de contrato de franquicia, que no resulta tratado en el Reglamento posterior, un valor referencial palpable en la influencia de la norma comunitaria en el art 2. del RD 2485/1998, de 13 de noviembre, que trataremos en mayor profundidad a continuación, particularmente en lo referente a la definición de la franquicia, así como del contrato que la tiene por objeto, punto crucial a la hora de entender la misma; también ha sido relevante en el proceso de determinar la concepción de la franquicia, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, conocida como directiva de servicios, por haber facilitado su simplificación y racionalización, y haber propiciado la aprobación de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que, a su vez, dio lugar a la publicación del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero cuya definición de la franquicia dentro de su articulado, se aleja de la definición dada anteriormente, y viene por fin a diferenciar entre la franquicia como objeto del contrato y el acuerdo en sí mismo considerado.³⁹

³⁸SÁNCHEZ CALERO, F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., OP.CIT, pag 248

³⁹ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag.4.

4.3 Regulación en el Ordenamiento Interno.

En Relación al derecho interno, la regulación básica está comprendida en la Ley 7/1996, de Ordenación del comercio Minorista, en concreto en el Capítulo VI del Título III, que regula la actividad comercial en régimen de franquicia que según dispone en su artículo 62, redactado por el apartado ocho del artículo único por la Ley 1/2010 de 1 de marzo:

“1º. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

2º. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas franquiciadoras registradas.

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente.

3º. Asimismo, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias”.

Único precepto de la norma que es dedicado al contrato de franquicia, que será de común aplicación, ya que la existencia del mismo se encuentra amparada en la competencia exclusiva del Estado para poder regular el contenido del derecho privado de los contratos, teniendo por tanto la consideración de norma básica, dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución⁴⁰; la situación de la franquicia en el ámbito del comercio minorista, supone un desacierto para algunos autores consultados, pues entienden que la principal característica de la franquicia no es la relación comercial entre el franquiciado y el consumidor final, sino que es el acuerdo de distribución entre franquiciador y franquiciado⁴¹.

En cuanto al desarrollo Reglamentario al respecto, hay que señalar el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que sustituye al Real Decreto 2485/1998 de 30 de noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicias y el registro de franquiciadores, además el art 2 del mismo, realiza una definición más descriptiva que la del art.62.LOCM, y reafirma la vinculación del contrato al reglamento de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 1999.

1. *“A los efectos del presente real decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:*

a) *El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.*

b) *La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular.*

⁴⁰ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag.5.

⁴¹ TORRUBIA CHALMETA, B., OP.CIT, pag. 315.

c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

2. Se entenderá por acuerdo de franquicia principal o franquicia maestra aquel por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinados.

Finalmente diferencia la franquicia de los contratos de concesión o de distribución exclusiva, de los de licencia de fabricación, cesión de marca, transferencia de tecnología y cesión de una enseña o rótulo comercial.

3. “No tendrá necesariamente la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta.

4. Tampoco tendrán la consideración de franquicia ninguna de las siguientes relaciones jurídicas:

a) La concesión de una licencia de fabricación.

b) La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona.

c) La transferencia de tecnología.

d) La cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial.

Su artículo 3 desarrolla el contenido del deber de información precontractual previsto en la Ley, siendo esta una norma de naturaleza jurídico privada que ha de ser respetada, también desarrolla la creación de un Registro de franquiciadores en el que deberán estar

inscritas aquellas personas jurídicas que pretendan dedicarse a la cesión de franquicia en España, a través de sus arts. 5-10.⁴².

No obstante, debemos volver a señalar, que estamos ante un contrato que la mayoría de la doctrina viene a calificar de atípico, así como presentar una doble vertiente civil-mercantil, esto hace que tengamos que ser conscientes de que su normativa no puede verse limitada a la expuesta en este trabajo, ya que necesariamente deberá incluir a cualquier normativa que resulte necesaria por razón de la materia.

Para ejemplificar esta circunstancia, podemos señalar como algunos preceptos que sirvan a tal fin, tanto, aquellas normas generales de contratación que se encuentran contenidas en el Código Civil, las que pertenezcan a figuras afines y sean análogamente aplicables (Compraventa, arrendamiento), aquellas leyes que versan sobre patentes, marcas, propiedad intelectual, así como el conjunto normativo relativo a la defensa de la competencia, protección de datos, y leyes de carácter fiscal.

Finalmente, también resulta necesaria resaltar, el principio de la autonomía de la voluntad privada como concepto que ampara la figura de franquicia, por lo que aquellas cláusulas del contrato fruto del acuerdo entre las partes, serán ley para las mismas, en virtud del art 1091 del CC, teniendo en cuenta el art 1255 del CC mientras que “los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (...) no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”⁴³.

⁴² VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*

⁴³ DE LAMO MERLINI, O., *OP.CIT*, pag.6.

4.4 Regulación en el Marco Institucional.

Tras recoger los diferentes preceptos normativos que regulan el contrato de franquicia existentes en el ordenamiento jurídico, podemos ver matizados algunos aspectos de la misma, por medio de las definiciones recogidas en el marco de instituciones de diversa índole, relacionadas con el comercio y la franquicia, tales como:

La más importante es la definición incluida en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia de la Federación Europea de Franquicias(D.F.F.), que dispone lo siguiente:

“La Franquicia es un sistema de comercialización de productos, y/o servicios, y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes, el franquiciador y sus franquiciados individuales, en la cual el franquiciador otorga a sus franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto de franquiciador. El derecho otorgado autoriza y obliga al franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta a utilizar el distintivo y/o marca de productos y /o servicios, el <<saber hacer>>, y demás derechos de propiedad intelectual, sosteniendo por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de franquicia escrito, pactado por las partes, a tal efecto>>.

Como vemos esta definición sí recoge elementos de la franquicia como la cuestión tecnológica, la propiedad intelectual, así como la ética que debe regir entre los derechos y obligaciones de las partes, si bien la misma carece de rango normativo, su aplicación puede llegar a adquirir carácter vinculante al ser añadido como anexo a los contratos de franquicia, con que determina una especial obligación a las partes (en especial al franquiciador) de solvencia moral y empresarial⁴⁴. Otras definiciones institucionales que ha venido matizando las definiciones normativas han sido las proporcionadas por:

- La Dirección General del Comercio Interior.
- La Federación Francesa de Franquicias (F.F.F)
- La Asociación Británica de Franquicias (B.F.A)
- Código de Conductas Leales en materia de Franquicia o Código Belga.
- La *International Franchise Association* (I.F.A)

⁴⁴ CIEZA RENTERÍA, C/REDONDO MIRALLES., OP.CIT, pag.6.

5. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Siguiendo con nuestro análisis del contrato de franquicia, abordaremos en los siguientes epígrafes la composición del mismo desde una sistematización clásica, que diferencie entre sus dos elementos principales, las partes como elemento subjetivo, y su objeto como elemento objetivo.

5.1 Elemento Subjetivo.

Comenzando el análisis por la primera de las mismas, resulta significativo el señalar como tanto el artículo 62.1º de la LOCM, como el art 2.1º del Reglamento, hacen referencia al requisito que establece la necesidad de que concurra la condición de empresa en las partes, si bien entendiendo el término empresa lejos de una concepción unitaria del mismo, pues la realidad de la empresa para el derecho, implica una extensa pluralidad de facetas que pueden ser abordadas desde diferentes aspectos, y no es el objetivo del presente trabajo resumir en una concepción jurídica tal complejidad.

Podemos no obstante establecer de forma sumaria, que la normativa en cuestión viene refiriéndose a la empresa como una actividad económica cuya organización y dirección está enfocada a la producción e intercambio de bienes y servicios, en el mercado, pero dicha concepción en su vertiente de derecho mercantil, excluye a la empresa como verdadero sujeto de derechos, pues esta condición recae en el empresario como su titular, debido a lo cual debemos tener en cuenta que realmente el término empresa dentro del contrato de franquicia no ha de ser entendido de forma literal, sino que deberá ser alusivo a la persona física o jurídica que ostente la mencionada condición.

Podemos afirmar una vez mencionada la anterior consideración, que en el momento de la conclusión del contrato, resulta necesario que en ambas partes exista la consideración de empresario, sin embargo, mientras que en la parte franquiciadora esta exigencia no presenta mayor problema si atendemos a lo dispuesto en el art.2.1º RD 201/2010, por haber venido realizando la misma cierta actividad mercantil o negocio en base a una experiencia y éxito en el mercado, no obstante la consideración necesaria del franquiciado como empresa en el referido momento, no parece ser tan clara, por lo que resulta necesario discernir como dicho requisito no habrá de estar presente en el tiempo

de la celebración del contrato, sino cuando comience la ejecución de la explotación cedida.

Podríamos establecer entonces la controvertida cuestión que resulta de plantearse si al ser el derecho mercantil el encargado de determinar quiénes serán las partes del contrato, y dado que el mismo niega por razón de la naturaleza de la actividad que desarrollan la condición de empresario a según qué sujetos, la franquicia por tanto no haya de suscribirse siempre entre empresas, pudiendo darse el caso de aquellas posibles franquicias cuyo sistema cedido en uso sea el concerniente al ejercicio de profesiones liberales como un despacho profesional; sin embargo, esta cuestión se ve rebatida por la doctrina, porque como hemos visto anteriormente el sistema cedido se define de forma expresa como “comercial”, además de que la LOCM tiene como finalidad obvia la regulación general de comercio minorista, por lo que estas consideraciones excluyen de la inclusión en la figura contractual contenida en el art.62 LOCM, a aquellas franquicias que habrían de ser consideradas meramente civiles⁴⁵.

Algunos autores ya han planteado la problemática que supone el aplicar a éstas franquicias civiles las normas del régimen de franquicia que presentan una naturaleza exclusivamente mercantil, que como hemos visto en anteriores epígrafes se trata de la totalidad de las mismas, sin embargo, debido a la analogía manifiesta entre las dos, y en la consideración de que aquellos deberes de información precontractual recogidos en el art 62 de la LOCM no se fundamentan realmente en la normativa europea de defensa de la competencia, pudiera ser posible, según la opinión de cierta doctrina el aplicar a éstas el régimen previsto en la LOCM⁴⁶.

Una vez dejadas atrás estas vicisitudes y siguiendo con nuestro análisis, debemos reparar en los requisitos de capacidad que tanto franquiciado como franquiciador han de presentar a efectos de la perfección del contrato que pudieran suscribir, en relación a lo anteriormente expuesto, los mismos serán proporcionados por la legislación mercantil; De este modo podemos partir de la disposición del art 4 del Código de Comercio que establece: *“tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes”*, no resulta difícil suponer que esta definición resultará insuficiente para poder solucionar aquellos problemas propios de la valoración de la existencia de los requisitos de capacidad de las

⁴⁵ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pags. 12-14.

⁴⁶ RUIZ PERIS J. I., OP.CIT.

partes en el contrato, esto es debido a que en primer lugar resulta necesario contar con un conjunto de prohibiciones en el ámbito del ejercicio del comercio, que si bien no afectan a la capacidad jurídica del sujeto en cuestión, sí que le impedirán la realización de actos y contratos propios del comercio, tal y como dispone el art 14 del CCom, recogiendo en esta categoría a distintos individuos tales como Jueces, Magistrados, funcionarios del Ministerio Fiscal..., a los que se les impide el ejercicio de la profesión mercantil; y en segundo lugar y en un sentido contrario al señalado, porque como dispone el art 5 del CCom *“los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes”*, igualmente se pueden señalar otras consideraciones, en base a los requisitos de capacidad que han de cumplir las partes, como aquellos que tienen problemas relacionados con el art 1459 del Código Civil, por incurrir en alguna prohibición de celebrar determinadas compraventas; sin dejar de mencionar aquellas otras consideraciones a las que sea necesario atender, como la consecuencia de que el incumplimiento de las exigencias anteriormente señaladas supongan la nulidad relativa o la anulabilidad del contrato, la posibilidad de que las exigencias que deban cumplirse por el franquiciado en la ejecución del contrato en lugar de en la celebración, los requisitos que disponen las normas mercantiles especiales, o los supuestos de auto contratación por mencionar algunas ⁴⁷ .

Una vez situados tras haber efectuado las consideraciones oportunas, debemos tener en cuenta igualmente, que tanto franquiciador como franquiciado han de ser empresarios jurídicamente independientes, tal y como se establece en la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996, así como en la Sentencia del Supremo de 30 de abril de 1998⁴⁸.

Esto viene a significar, que la concesión del derecho a la explotación de la franquicia al franquiciado por parte del franquiciador, no supondrá su injerencia en el ámbito del poder del franquiciador, del cual sea representante distribuidor o mandatario; además dicha independencia tiene también su manifestación en el ámbito interno pues el franquiciado ha de gestionar, salvo pacto en contrario, su propia empresa sin injerencia del franquiciador, y asumirá en solitario la responsabilidad y consecuencias de su

⁴⁷ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pags. 13.

⁴⁸ En palabras del Tribunal *“aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes”*

gestión; resulta de interés en este punto, la STS de 14 de febrero de 1998 pues en la misma, respecto del significado de esta independencia o no intervencionismo del franquiciador en el establecimiento del franquiciado, el Tribunal Supremo declaró no ocasionado el traspaso del local de negocio, sede de dicho establecimiento, y por tanto la inexistencia de subarriendo no consentido⁴⁹.

En el común de los casos, el franquiciador debe respetar la independencia *ad intra* del franquiciado en lo referente a la gestión del negocio, al ser este de forma exclusiva de su propiedad y responsabilidad, no obstante *ad extra*, la explotación de la franquicia puede obligar al franquiciado a realizar actuaciones predeterminadas por el franquiciador en el propio contrato, así como obedecer las instrucciones posteriores al mismo, debido a la justificación que supone la necesidad de salvaguardar la identidad y uniformidad de la franquicia de cara al exterior⁵⁰

⁴⁹ ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., "Comentario a la Sentencia de 14 febrero 1998", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 47, Madrid, 1998, pags.797-807.

⁵⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pags.103-104.

5.2 Elemento Objetivo.

Para comenzar el análisis del objeto del contrato, desglosaremos el mismo en dos apartados, en primer lugar, repararemos en la cuestión del concepto de franquicia, en este aspecto el articulado de la LOCM como hemos venido señalando resulta limitado en cuanto solo trata sobre el *“sistema de comercialización”*, sin ninguna otra aportación sobre su significado, por lo tanto, hay que acudir al art 2.1º del RD 201/2010, pese a que el mismo tampoco proporciona una definición de forma expresa, sí que parece determinar que la franquicia habrá de entenderse al menos , como un conjunto de bienes inmateriales que deberán incluir la *“denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente”*.

Visto lo cual, resulta lógico el considerar que la obligación de asistencia por parte del franquiciador, incluso al resultar imprescindible para los fines de realizar el ejercicio eficaz del derecho concedido, no ha de formar parte del concepto de franquicia, pues la franquicia de este modo conceptuada como objeto del contrato, ha de ser definida en su esencia, como el conjunto de bienes inmateriales que, estando protegidos por el derecho de la propiedad industrial, se constituyen un sistema orgánico de distribución de bienes o servicios, determinante de una específica y exclusiva imagen de marca.

Esta definición del objeto, conformada sobre las bases que proporciona el mencionado artículo del RD 201/2010, no resulta indiscutida por la doctrina, debido a que si entendemos que el mencionado precepto tiene como objeto exclusivo la delimitación de aquellas franquicias que deban quedar sometidas al régimen de exenciones que prevé el derecho comunitario, resulta posible plantearse que la franquicia tenga por tanto un objeto de mayor amplitud, de tal manera que como sistema de comercialización puede ser entendido desde las simples indicaciones de marketing en aquellas ventas temporales de ciertos productos, hasta el modelo completo de negocio que implica de forma necesaria el uso de los signos distintivos idénticos a los de aquel establecimiento público del que sea titular el franquiciador, en el establecimiento del franquiciado, lo que vienen a señalar estos autores, es que la mencionada norma no resulta clara para

transmitir la debida extensión que tendrá el modelo de comercialización, pues en teoría cabría que se aplicaran las reglas contenidas en el artículo 62 LOCM⁵¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, al igual que resulta consustancial al contrato de franquicia, la cesión de la explotación cierto tipo de derecho de propiedad intelectual o industrial (patente, marca, nombre comercial, rótulo), también lo es la transmisión del determinado *know-how*, el cual se compone de una serie de conocimientos técnicos o comerciales conservados de forma secreta, que vienen a mejorar de forma significativa la producción o distribución de los productos, así como la prestación de los servicios según el caso⁵².

El Know-how del contrato de franquicia, se encuentra caracterizado por tres elementos:

1º.-Esencialidad para el sistema de franquicias, debido a que reportará a éste ventajas en el mercado de forma indudable, a causa de la información que contiene sobre las técnicas de venta del conjunto de productos o servicios, que son ofrecidos de una forma específica y original, así como de las relaciones con la clientela, y de la gestión administrativa de la empresa.

2º.-Posibilidad de explotación exclusiva, debido a que se trata de técnicas experimentadas y la deducción de las mismas no resulta fácil a la deducción de terceros. La experiencia probada y la práctica con éxito permiten la creación el know-how a través del análisis y la investigación de dicha experiencia, y hacen al mismo perfectamente identificable.

3º.-El control y la constante actualización de las mencionadas técnicas por parte del franquiciador⁵³.

Podemos encontrar un compendio de las mismas, en la definición del know-how facilitada por la Asociación Española de Franquiciadores, que considera al mismo como:

*“El conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, que resultan de la experiencia del franquiciador (previamente testadas por el mismo). Es secreto, sustancial e identificable”*⁵⁴.

⁵¹ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pags. 15.16.

⁵² RUIZ PERIS J. I., OP.CIT.

⁵³ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.105.

Otra cuestión en relación a los requisitos que se desprenden del articulado del RD 201/2010, es la referente a exigencia de que el sistema de comercialización pertenezca al franquiciador, de forma indiscutida por la doctrina consultada, este debe ostentar dicha titularidad de derechos de propiedad industrial o intelectual que conforman la cesión; la posible problemática en este aspecto, es aquella en relación a la inexistencia de una norma de protección directa en el Ordenamiento, pues resulta importante señalar, que el bien inmaterial único y completo que estamos tratando no recibe la misma protección que la de la propiedad industrial e intelectual, lo que sí que recibe es una protección indirecta, evitando tanto aquellos actos de competencia desleal, como por la dotación al conjunto de un tratamiento unitario a efectos de su transmisión y constitución de derechos reales⁵⁵.

Como consecuencia a esta situación derivada de la inespecificidad del precepto, la exigencia se establece en torno a que la propiedad del franquiciador respecto al sistema lo sea en el sentido de que utilice y conozca el mismo, pero tanto en estos casos como en aquellos que únicamente conozcan el mismo y lo transmitan al franquiciado sin una explotación previa en un establecimiento piloto, quedan sometidos a las reglas establecidas por el art 62 LOCM⁵⁶.

Resulta esclarecedora la consideración que realizan algunos autores respecto de la posible problemática en esta cuestión, al señalar que recae en el franquiciador la obligación básica de garantizar la existencia y la legitimidad de las facultades cedidas, y por tanto puede considerarse que realmente esa obligación no se ve cumplida, en relación a la hipotética situación en la que el sistema comercial cedido no fuere propio del franquiciador, o bien si el mismo no estuviera legitimado para realizar la licencia, señalan estos autores como realmente estaríamos ante un caso de nulidad por causa de objeto en el primer supuesto, más que de incumplimiento, y de anulabilidad por error esencial en la cualidad de la cosa en el segundo⁵⁷.

El segundo de los apartados en el que dividíamos es objeto del contrato, es el de la determinación del derecho resultante de la celebración del contrato de franquicia (cuyo

⁵⁴ Asociación española de franquiciadores(AEF). www.franquiciadores.com.

⁵⁵ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag. 17

⁵⁶ RUIZ PERIS J. I., OP.CIT.

⁵⁷ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT.

concepto acabamos de analizar). El art 62 LOCM establece que su finalidad no es otra que la cesión de un derecho a la explotación, entendiendo al respecto el término “cesión” como la construcción de un derecho de explotación, que de forma implícita imposibilita al franquiciado a utilizar su propio sistema de comercialización, matizando dicha limitación bajo la consideración a dicha renuncia desde una óptica espacio-temporal

Este derecho se traduce, por tanto, en la utilización de manera limitada en el tiempo y en el espacio de aquel “paquete de franquicia”, que supondrá la posibilidad de reproducir de forma completa todo el sistema operativo, de identificación y de organización, del que se componga dicho paquete⁵⁸.

⁵⁸ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag. 18.

6. FASES DEL CONTRATO

A continuación, señalaremos las principales circunstancias características y obligaciones de las partes dentro de las distintas fases de la vida del contrato de franquicia.

Abordando el mismo desde los pactos preliminares, pasando por la vigencia del contrato, y hasta el momento de la extinción del mismo.

6.1 La fase precontractual

Las negociaciones previas a la firma del contrato resultan especialmente relevantes en el contrato de franquicia, debido a la importancia de la información relevante que ambas partes deben manejar para poder ser conscientes de todas las cuestiones que puedan llegar a tener injerencia en su relación laboral ⁵⁹.

Resulta necesario, el comenzar matizando que la doctrina considera que las partes en los tratos preliminares no han de quedar obligadas de forma alguna, pues las mismas se encuentran animadas por una voluntad de discutir, no de contratar de forma necesaria, por lo cual estas disponen de libertad para presentar sus ideas, así como para conseguir llegar o no a la celebración definitiva del contrato, no obstante, también hay que tener en consideración, que sin duda entre dichas partes se establece una situación jurídica precontractual, que habrá de atender a la necesidad de la buena fe en las actuaciones.⁶⁰

Por lo tanto, durante estos tratos preliminares resulta especialmente relevante conocer el alcance de la buena fe en la figura de la franquicia, pues además de ser exigible de forma general durante toda la fase precontractual, la misma se concreta, pasando a conformarse como un deber jurídico en relación con la información que debe transmitir el franquiciador.

Estos deberes de información precontractual, serán aquellos que se establecen por medio de la Ley de Ordenación del Comercio minorista en su artículo 62.3⁶¹, norma

⁵⁹ PEREZ MARTELL, R., "El Arbitraje en el Contrato de Franquicia", Dijusa, 2006, pag. 34.

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, L/GULLÓN, A., "Sistema de Derecho Civil", VOL II, Tomo II, 10ª ED., Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

⁶¹ : "con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato, (...) o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa la incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciado, descripción del sector de actividad del negocio objeto de

que surtirá efectos en el ámbito jurídico privado en el momento de la formación del contrato; esta norma obliga a los franquiciadores a que entreguen a los potenciales interesados en suscribir con ellos un contrato de franquicia, determinada información por escrito, necesaria para que el interesado pueda tener conocimiento sobre el cual decidir si integrar en su red, información que abarca los datos de identificación del franquiciado, la descripción del sector, el contenido y características de la franquicia, su estructura y la extensión de la red, así como los elementos esenciales del contrato con una antelación de al menos 20 días a la firma de cualquier clase de contrato o de precontrato de franquicia, o a la consignación de cualquier pago por parte del futuro franquiciado, tal y como el art 62.3º de la LOCM establece⁶².

Esta información precontractual que debe de suministrar el franquiciador, es desarrollada de forma más detallada por el Real Decreto 201/2010, en su art 3⁶³, el cual

franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia”.

⁶² BROSETA PRONT, M/MARTÍNEZ SANZ, OP.CIT, pag.139.

⁶³ “Con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda.

Quando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

b) Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan

a su vez, está facultado para exigir al potencial franquiciado, que guarde secreto sobre toda información precontractual que reciba o vaya a recibir, tal y como dispone el art 4 del mencionado Decreto; el incumplimiento de dicho deber de confidencialidad puede además ser considerado un acto de competencia desleal por violación de secretos⁶⁴.

La razón de la exigencia de esta información veraz y no engañosa, no es otra que el tratar de evitar que el interesado futuro franquiciado, que carece de experiencia, realice decisiones precipitadas y más cuando las mismas puedan ser resultado en cierta medida por una estimación demasiado optimista llevada a cabo por el franquiciador, evitando de este modo, que por medio de falacias se pueda hacer creer en la existencia de una buena idea comerciable, o puedan vender fórmulas ineficaces, a cambio del canon de entrada⁶⁵.

Algunos autores de la doctrina consultada llegan incluso a señalar, que esta es la razón por la que como decíamos el art 62 de la LOCM resulte técnicamente defectuoso, pues en realidad lo que se buscaría con su redacción, es que en el mismo puedan quedar incluidos también los contratos de “pseudo-franquicia”, en pos de la protección del potencial franquiciado inexperto; sin perjuicio de que actualmente el RD 201/2010, vuelve a ofrecer una definición más compleja y acertada del contrato de franquicia⁶⁶.

Otro requisito a analizar es aquel por el que se establece que dicha información, además de tener que ser por escrito, ha de ser facilitada con un mínimo de 20 días de antelación a la firma de cualquier obligación, podemos observar en este requisito, como el legislador se muestra nuevamente especialmente cauteloso, pues viene a exigir que el cumplimiento de esta obligación ha de tener lugar con anterioridad tanto a la conclusión del contrato o precontrato, como a la entrega de una cantidad de dinero en concepto de “cualquier pago”, lo cual, viene a significar para algunos autores que resulta equivalente tanto a la prohibición de que entre las partes puedan mediar arras (debido a que la ejecución de dicha obligación tiene lugar de forma inexcusable con anterioridad

dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

g) *Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.*

⁶⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.111.

⁶⁵ IBIDEM

⁶⁶ BROSETA PRONT, M/MARTÍNEZ SANZ, F., OP.CIT, pag.140.

al nacimiento de una relación jurídica), como a que dicha entrega sea entendida como signo de la celebración de un contrato de opción, en el cual el franquiciado únicamente adquiriera el derecho a decidir si efectuar o no, la celebración de un contrato de franquicia, durante un periodo de tiempo determinado⁶⁷.

Respecto a la exhaustividad de la información que debe de ser proporcionada por el franquiciador, se debe tener en cuenta, que el mismo no puede mostrar el funcionamiento íntegro de la empresa en esta fase precontractual a aquel que todavía no forma parte de la cadena, si bien parece que esta circunstancia pueda implicar dejar al franquiciado bajo una posición de cierta indefensión, puesto que no puede diferenciar la verosimilitud de la seriedad de la franquicia por medio datos internos restringidos que pudieran conformar un análisis detallado de la oferta, sino que lo hará de forma esencial por datos externos⁶⁸.

Continuando con el análisis referente a la información, tal y como hemos adelantado, el art 4 del RD 201/2010 establece el deber de confidencialidad del franquiciado, *“el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir”*; un deber que resulta necesario debido a la importancia del contenido recibido por medio de la obligación de información precontractual, pues pese a que la exigencia del mismo resulta opcional puede encontrar un fundamento adicional respecto de la calificación en las relaciones existentes en este punto como de confianza mutua, relación de la que surgen deberes de conservación de secretos que hubieran podido conocerse, así como de actuaciones en base al principio de la buena fe, que enlazando con lo que manifestábamos al comienzo de este epígrafe, de verse infringido tal principio, podría llegar a derivar en una responsabilidad por los daños y perjuicios causados⁶⁹.

6.1.1 Incumplimiento del deber de información en los tratos preliminares

La simple ruptura de la negociación en la fase precontractual, no originará responsabilidad alguna, sin embargo, si existen indicios de un desarrollo de los tratos contrarios a la buena fe, sí que se impondrá una responsabilidad al que la vulnere.

⁶⁷ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag.20.

⁶⁸ RUIZ PERIS J. I., OP.CIT.

⁶⁹ ROGEL VIDE, C., “Derecho de Obligaciones y Contratos”, Colección Jurídica General, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2007, pag. 142.

Con ello nos referimos tanto al incumplimiento directo del deber de información, como a la omisión de alguno de los datos exigidos, dichas actuaciones incurren en un comportamiento antijurídico, que por un lado de no llegar a celebrarse el contrato puede ser el desencadenante de eventual responsabilidad del franquiciado por *culpa in contrahendo*, y por el otro de llegar a haberse celebrado, conllevaría la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento así como a un deber parejo de resarcimiento de los daños concretos y probados que hayan sido producidos ⁷⁰.

De este modo, un comportamiento omisivo del franquiciador devengaría en la posible anulabilidad del contrato, por llegar a propiciar un vicio en el consentimiento; al respecto se han generado varias matizaciones de la doctrina, en primer lugar, señalan la existencia de un deber especial de veracidad sobre el franquiciador, que junto con que la finalidad de la obligación de información previa, no busca sino el garantizar una aceptación del franquiciado en las mejores condiciones posibles, lo cual puede determinar que el contenido de dicha obligación no se limite a lo exigible en la normativa mencionada, sino que también pudiera derivar en lo relacionado con el respeto a la buena fe, en tanto en cuanto para esta doctrina, los datos facilitados pueden adolecer de una estaticidad, que implica que no puedan garantizar por si solos que la decisión de aceptación del contrato se realiza con conocimiento de causa, por lo que la buena fe en este caso, viene a determinar que resulte necesario el incluir otro tipo de datos, que usualmente no debieran de ser incluidos⁷¹. Además, resulta oportuno matizar que este incumplimiento debe derivar de una actuación que incurra en dolo y no en error, si bien este último no puede quedar apartado en su totalidad, pues el mismo puede encontrar su fundamento precisamente en un cumplimiento defectuoso por resultar incompleto, en cualquier caso, para que los mencionados vicios puedan conllevar una eficacia invalidante, se deberá de atender a los requisitos dispuestos en la propia sede contractual, de tal manera que el dolo debe de ser grave, así como el error excusable⁷².

Por último, también debemos hacer referencia a la posible publicidad engañosa que el franquiciador hubiera podido realizar en la fase precontractual, si la misma tiene la consideración de ser una razón determinante respecto de la voluntad del franquiciado en contratar, puede desembocar en la aplicación de los preceptos referentes a la Ley

⁷⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.111.

⁷¹ MARTINEZ SANZ. F.OP.CIT.

⁷² DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT. 23-24.

General de Publicidad, pues la publicidad de captación que el franquiciado en potencia recibe como destinatario del mensaje publicitario, puede encajar de forma adecuada en el concepto de publicidad engañosa que establece la LGP, en la opinión de algunos autores consultados⁷³.

6.1.2 Obligación respecto al Registro de franquiciadores

También ha sido objeto de regulación jurídica al haber ocasionado la atención del legislador, la obligatoriedad de inscripción en el Registro de Franquiciadores, establecida por el ya mencionado artículo 62.2 LOCM, precepto que además de establecer un concepto de franquicia, indica esta obligatoriedad a cargo de las empresas franquiciadoras de inscribirse en un Registro de Franquiciadores.

En base a esta disposición, el RD 2485/1998, introdujo por primera vez la creación de un Registro de carácter central y dependiente de la Dirección General de Política Comercial del ministerio de Industria, Turismo y Comercio, tal y como se desprende del actual art 5 del RD 201/2010, registro que tendrá carácter público y de naturaleza administrativa, creado a los efectos de información y publicidad únicamente; y que obliga en base en sus artículos del 6-12 a las empresas que pretendan llevar a cabo la actividad de cesión de franquicia en España a comunicar sus datos en el plazo de tres meses, a contar desde el inicio de la actividad, bien al Registro de la Comunidad Autónoma donde prevean iniciar sus actividades si así lo dispusiera la normativa autonómica , o directamente al Registro central de no ser así⁷⁴.

El art 7 del RD 201/2010 señala que documentación que ha de ser presentada en el momento de solicitar la inscripción en el Registro, comprenderá los datos identificadores del franquiciador, los datos relativos a los derechos de propiedad industrial objeto del contrato de franquicia, la acreditación de titularidad o de licencia de uso sobre los mismos, así como la descripción del negocio objeto de la franquicia, que indique el número de franquiciados con los que cuenta a red, que distinga los establecimientos explotados directamente de aquellos explotados bajo el régimen de franquicia, y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en los

⁷³ MARTNEZ SANZ. F.OP.CIT

⁷⁴SÁNCHEZ CALERO, F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., OP.CIT, pag. 250.

últimos dos años, así como los datos del franquiciador principal en el supuesto que el franquiciador sea a su vez un franquiciado(principal).

Si bien la normativa de la LOCM dispone que esta falta de comunicación, no es condición para el inicio de la actividad, la ausencia de la misma conllevará la imposición de una sanción.

Resultan exentos de esta obligación de comunicar sus datos al registro, aquellos franquiciadores establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea, que estén operando en régimen de libre prestación, los cuales únicamente deberán comunicar, bien al Registro autonómico o al central, el inicio de sus actividades en España, tal y como establece el art 5.4 del R.D.201/2010⁷⁵.

6.2 La celebración y vigencia del contrato, obligaciones de las partes

Una vez analizadas las circunstancias más importantes a las que las partes deberán prestar atención durante la fase precontractual, es momento de analizar el propio contrato de franquicia como instrumento que regule la relación jurídica entre las partes, por lo que en este epígrafe pasaremos a establecer el contenido necesario del contrato, así como a señalar las obligaciones entre franquiciado y franquiciador.

6.2.1 Contenido del contrato:

Resultaría ineficaz establecer un único contrato tipo que pudiera servir como modelo de plantilla al que ajustar a cualquier contrato de franquicia posible, debido a que en función de las características del negocio, será necesaria la configuración de un contrato único que recoja sus particularidades, no obstante, sí que existen notas comunes que señalaremos a continuación, las cuales, al igual que indicábamos durante la fase precontractual, han de estar supeditadas a los principios de claridad e igualdad entre las partes, pues la relación empresarial que surgirá no será solo en base al franquiciador y franquiciado, sino que será también entre estos y la propia red de franquicia, lo que impone el más elevado nivel de lealtad en el cumplimiento del contrato, así como la necesidad de que en el mismo reine la buena fe entre las partes, que evite las conductas

⁷⁵ BROSETA PRONT, M/MARTÍNEZ SANZ, F., OP.CIT, pag.139.

oportunistas tales como acciones por parte del franquiciado que pudieran dañar la reputación general de la cadena, o en la otra vertiente, un trato desigual hacia los franquiciados por parte del franquiciador⁷⁶.

En lo concerniente a la forma del contrato en el momento de la perfección del mismo, hemos de señalar que se trata de un contrato consensual, sin embargo, tanto por su duración, como por su propia complejidad la totalidad de la doctrina viene a recomendar su forma escrita⁷⁷. En este sentido, y atendiendo a la regulación jurídica de los derechos integrados en el paquete de franquicia en su regulación específica (en particular a la analogía de los requisitos requeridos en las licencias de patentes y marcas art 74. 1º y 2º de la Ley 11/1986, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad, y 46. 2º y 3º de la Ley 17/2001 de Marcas respectivamente), puede establecerse, como en opinión de algunos autores resulte imprescindible la conclusión en forma escrita⁷⁸.

Con respecto al contenido necesario del mismo, el acuerdo final del contrato deberá contener en todo caso:

- La identificación de las partes, como franquiciador y franquiciado, así como una explicación de su independencia jurídica y económica⁷⁹.
- Garantía de la existencia y legitimidad de las facultades concedidas por parte del franquiciador, respecto de la existencia y su pertenencia en el momento de la celebración del contrato de las facultades de explotación de la franquicia, así como de responder ante el franquiciado tanto de la originalidad de dicho paquete, como del uso pacífico de tales facultades⁸⁰.
- Detalle de los aspectos característicos del contrato, que configuren el objeto de la relación (Normas de gestión y explotación, técnicas de venta...).
- Manifestación de las partes que muestre tanto la voluntad del franquiciado en adherirse a la red de franquicia, como la aceptación del franquiciador a dicha adhesión⁸¹.
- Derechos y obligaciones de las partes, donde se incluirán todos los aspectos de la relación, los cuales detallaremos más adelante.

⁷⁶ ALOSO SOTO, R., "Los Contratos de Distribución Comercial", Tirant lo Blanch, 2011, pags. 193-194.

⁷⁷ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.111.

⁷⁸ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag. 25.

⁷⁹ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I, OP.CIT, pag. 11.

⁸⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.110.

⁸¹ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I, OP.CIT, pag. 12.

- La duración del contrato así como la previsión de posibles prorrogas, respecto a la misma algunos autores señalan que, como norma general, la misma oscila entre cinco y diez años, con o sin posibilidad de prórroga, aunque resulta usual que esta se venga estableciendo en aquellos contratos que duren menos de diez años (aunque nada obliga a ello), también es posible se pacte la franquicia indefinidamente en el tiempo, previendo normalmente en tal caso, el derecho a la denuncia unilateral del contrato por las partes.⁸²
- Las oportunas cláusulas de rescisión o extinción del contrato.
- La cláusula prevista en caso de conflicto, por la cual las partes señalan si para dilucidarlo se remitirán a un mediador, o directamente a los Juzgados o Tribunales⁸³.

Siendo el de franquicia un contrato nominado en el Ordenamiento, pero atípico respecto a su contenido, el mismo se regirá en un primer término por la voluntad de las partes, en virtud de las cláusulas contractuales establecidas (según lo dispuesto en los artículos 1091 y 1255 CC), respetando el cumplimiento de tales términos en base a las normas generales de la contratación y a aquellas específicas que sean de aplicación; En el contrato que nos ocupa, su marcada función económica y tipicidad social, serán los que indicarán aquellos usos y costumbres comerciales del sector que sean determinantes de interpretar la mencionada voluntad, además se advierte como en el contrato de franquicia, debido a su conjugación, sin dejar de lado la unidad de causa, se incurre en prestaciones propias de otros contratos, por lo que en la opinión de algunos autores, el mismo posee un carácter mixto que facultará su sometimiento a lo establecido en los tipos contractuales a los que puedan derivar las prestaciones entre las partes ⁸⁴.

6.2.2 Las obligaciones de las partes.

En relación con el contenido obligacional del contrato suscrito, debemos señalar que al igual que ocurría respecto al propio contenido del contrato, resulta difícil de precisar

⁸² TORRUBIA CHALMEDTA, B., OP.CIT, pag. 322.

⁸³ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I, OP.CIT, pag. 11

⁸⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag.112

debido a la disparidad de aquellos deberes presentes en cada contrato de franquicia, ocasionada nuevamente por las diferencias que existen entre ellos.

El contenido mínimo esencial de las obligaciones dentro del contrato de franquicia queda determinado por medio de la normativa analizada, la doctrina y la jurisprudencia, (al respecto se señalan las sentencias del Supremo que marcaron la línea a seguir respecto a la figura, SSTS 8 de noviembre de 1995; de 27 de septiembre de 1996; de 4 de marzo de 1997).

Los clausulados típicos en estos contratos son exhaustivos, y teniendo en cuenta las mencionadas diferencias existentes en base a las distintas clases de franquicia, vamos a pasar a presentar las obligaciones presentes en todas ellas sin perjuicio de que el alcance de las mismas se complete cuando más adelante analicemos su vertiente más problemática.

6.2.2.1 Obligaciones del franquiciador

Se componen de aquellas que derivan del propio concepto presente en la LOCM, las cuales el precepto señala como intrínsecas a la perfección del contrato, es decir, la puesta a disposición del franquiciado del sistema de comercialización, así como el deber de asistencia comercial y técnica al franquiciado, o si fuera el caso, el proveerle de las materias primas o productos finales para su venta⁸⁵. Este “paquete de franquicia” se encuentra conformado por la entrega de todos aquellos elementos que permitan realizar una identificación efectiva con la red de franquicia:

- Transmisión del *Know-how* inicial, el cuál como hemos visto albergará aquellos conocimientos prácticos no patentados que deriven de la experiencia del franquiciador, estando verificados y contrastados por este, los cuales se caracterizan por:

- Estar identificados o descritos de una forma suficientemente completa para permitir delimitar su contenido y diferenciar su naturaleza.

⁸⁵ DE LAMO MERLINI, O., pag. 25.

- Incluir una información relevante para la venta de producto o la prestación del servicio, la relación con la clientela o la gestión del negocio, es decir, ser sustancial para ser considerado como sistema o modelo que ayude a incrementar los resultados del empresario franquiciado.

-Tener carácter secreto, cuyo contenido no sea conocido por terceros⁸⁶.

Dicha transmisión se efectuará normalmente por medio de la entrega del manual operativo, y el desempeño de la primera la asistencia inicial prevista; igualmente se deberá de prestar dicho *Know-how* de una forma permanente, como una constante obligación de asistencia, mediante los diversos sistemas de comunicación que establezcan.

- Uso de signos distintivos y de aquellos otros propios de su empresa, amparados en los derechos de propiedad industrial e intelectual, tales como marcas, logotipos, slogans, nombre comercial...
- Suministro al franquiciado de aquellos elementos o mercancías que conforman su surtido, o bien la garantía facultar la puesta a disposición de los mismos si estas no fueran fabricadas por él.
- Disponer de un sello de calidad como garantía para el franquiciado, por haber desarrollado a través de un centro piloto con éxito el concepto de negocio, durante un tiempo razonable.
- Realizar una comercialización y actualización continua de los productos, además de establecer un control de calidad de los mismos.
- Efectuar campaña de publicidad y promoción respecto a los productos o servicios que ofrece la franquicia, así como marketing, nuevas técnicas de venta, y cualquier actividad análoga que mantenga el valor del paquete de franquicia, preserve el prestigio de la propia red, e impida así la desvalorización del *goodwill*.
- Mantener el respeto de los pactos o cláusulas de exclusividad que se establezcan en el contrato, sean estas territoriales o en relación a los productos.
- Limitarse a aconsejar sobre el precio de los productos o servicios, perteneciendo así la facultad de determinación del mismo en exclusiva al franquiciado, para evitar lo que de otro modo sería incurrir en una vulneración del derecho de la

⁸⁶ ALONSO SOTO, R., "El Contrato de Franquicia", Curso de Derecho Mercantil II, Aranzadi, junio de 2007

competencia, de este modo el franquiciador no podrá imponer de forma directa o indirecta el precio de reventa de los productos o servicios que sean franquiciados, aunque sí podrá establecer recomendaciones en los precios, así como fijar un precio de venta máximo⁸⁷.

- Realizar un control efectivo de los royalties y el stock del franquiciado⁸⁸.
- Respecto a los denominadas cláusulas de protección territorial, las mismas han venido incrementando su sofisticación, y han sido ratificadas tanto por la Comisión Europea, (entendiendo que las mismas constituyen una obligación impuesta al franquiciador que consiste en la abstención del mismo a la hora de designar otro franquiciado o de poder explotar el mismo comercios minorías en un determinado territorio establecido contractualmente⁸⁹), como por la jurisprudencia española, estableciendo que las mismas son una limitación que se imponen los contratantes de forma voluntaria, en consonancia con el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255CC, siendo con la entrada en vigor del RD 201/2010, cuando ven en mayor medida reforzado su reconocimiento y aplicación, al constar en el número 3.g) de su articulado entre los elementos esenciales del acuerdo de franquicia, la obligación del franquiciado de proporcionar los denominados “pactos de exclusiva”; para poder delimitar de forma satisfactoria el ámbito y alcance de la protección territorial del franquiciado, se deberá atender a las siguientes cuestiones:

. -Identificar en el contrato el territorio asignado al franquiciador.

. -Identificar aquellos derechos y obligaciones de los que dispone el franquiciado en la zona especificada.

. -Definir aquellas prohibiciones que el franquiciador a su vez asume en la zona del franquiciado.⁹⁰

⁸⁷ ALONSO SOTO, R., “*El Contrato de Franquicia*”, Curso de Derecho Mercantil II, Aranzadi, junio de 2007. En este sentido la STS de 30 de julio de 2009, declaró la nulidad del contrato de franquicia, por imponer el franquiciador los precios al franquiciado, más allá de la mencionada recomendación.

⁸⁸ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I., OP.CIT, pag. 10.

LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag. 110.

⁸⁹ Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010 – Directrices relativas a las restricciones verticales [SEC (2010) 411 final].

⁹⁰ BALCELLS L CABANAS, J.M., “*Protección territorial en los contratos de franquicia: las cláusulas apropiadas*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm. 905, 2015.

6.2.2.2 Obligaciones del franquiciado

- Pago de los cánones fijados por medio del contrato, característica que sin duda es común a cualquier contrato de franquicia, pero sobre la cual puede establecerse una mayor variación con relación al modo operativo del pago, normalmente consistirá en un canon de entrada, que se traduce en el abono de una cantidad inicial, junto con una cantidad periódica a modo de royalties , que de forma usual se vienen a fijar sobre el volumen de ventas; resulta obvio señalar, que en el común de los supuestos también se deberá satisfacer el precio de aquellas mercancías, materias primas o productos, que suministre el franquiciador.
- En relación con lo dispuesto en el contrato, también se establece la obligación de respetar la adquisición de los productos según lo acordado, que se complementa con la necesidad de disponer de un stock que pueda satisfacer a la clientela.
- Respeto de la imagen de la cadena, así como en la venta en exclusiva de productos que ofrezcan las características exigidas por el franquiciador, esto se traduce en que si resultara imposible fijar unas condiciones objetivas de calidad en los productos objeto del contrato, por las que se pudiera ver comprometida el prestigio de la red , en la libertad de compra por el franquiciado de para adquirir al franquiciador, o cualquier tercero autorizado de aquellos productos que revenda, o el equipo con el que preste su servicio, se establecerá la obligación por parte de franquiciado hacia el franquiciador de la exigencia de adquisición de productos de calidad similar a los prestados por él, e incluso la imposición de la cláusula de aprovisionamiento exclusivo al mismo, dicha cláusula no obstante queda sujeta a dos límites señalados por la doctrina:

. -Limitación subjetiva, pues la cláusula solo tiene eficacia en lo referente a adquisiciones a terceros, por lo que no podrá impedirse al franquiciado que se suministre de aquellos distribuidores autorizados por el franquiciador.

. - Limitación objetiva, respecto al alcance de la cláusula únicamente en aquellos productos o equipamiento de los que derive el desarrollo de su actividad, por lo que no ampara ni accesorios ni piezas de recambio, que han de ser de libre adquisición⁹¹.

⁹¹ ALONSO SOTO, R., "El Contrato de ..."

- No realizar actividades comerciales similares que de forma directa o indirecta puedan afectar a algunos de los miembros de la red de franquicia; esta obligación normalmente no se extinguirá con el contrato, pues la misma permanecerá tras su extinción, siempre atendiendo a limitaciones temporales que contenga para evitar incurrir en una vulneración de la normativa de defensa de la competencia.
- Conservar el secreto del *know-how* del franquiciador, así como de cualquier contenido del paquete de franquicia, que pudiera derivar en el aprovechamiento del mismo por un competidor, además de limitar el uso del mismo exclusivamente en la explotación de la franquicia.
- Atender al deber de información al franquiciador, tanto de las eventuales vulneraciones de los derechos de propiedad industrial o intelectual realizadas por un tercero, que pudiera resultar en una lesión de los mencionados derechos, siendo de este modo obligado a colaborar en la legítima defensa de los derechos de la franquicia,⁹² así como de la evolución del mercado.
- Respeto de las normas de explotación y gestión acordadas, debiendo realizar la llevanza adecuada de una contabilidad y siguiendo los controles del franquiciador pactados en el contrato.
- Asistir a los cursos de formación que realice el franquiciador (Tanto para el franquiciado como para sus dependientes).
- Abono de una cantidad establecida para campañas de publicidad del franquiciador (Normalmente a nivel local), así como la adecuada puesta en marcha de la comercialización de un producto o servicio según sus instrucciones.
- Al igual que el franquiciador, está obligado a guardar el respeto de las cláusulas de exclusividad, y de prohibición de cesión a terceros, tanto en lo referente a los productos o servicios, como al territorio establecido⁹³.

Los derechos y obligaciones de las partes no se ven agotadas con las que hemos señalado, las mismas responden únicamente a aquellas que la doctrina ha venido

⁹² ALONSO SOTO, R., “los contratos de...”, pag 198.

⁹³ CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I., OP.CIT, pags. 10-11.

precisado como el conjunto de estipulaciones que normalmente vienen presentando estos contratos.

6.3 La extinción del contrato

La franquicia quedará extinguida por las causas generales de extinción de los contratos, como pueden ser: la finalización del tiempo pactado, el disenso mutuo o la resolución derivada del incumplimiento contractual. En lo referente al vencimiento a término, el de franquicia es un contrato en el cual, si en el mismo se fija su duración, es una práctica usual que se fije también una cláusula prorrogativa, aunque se plasme también que la misma no pueda operar de forma automática, siendo necesaria la notificación a la parte contraria con la suficiente antelación, para evitar que se incurra en incumplimiento de la buena fe contractual⁹⁴.

Si no existirán dichas cláusulas de renovación, una corriente doctrinal ha venido a señalar que resulta necesario, en pos de evitar al franquiciado la falta de amortización de las inversiones realizadas, la introducción en el régimen jurídico del contrato tanto de un preaviso obligatorio para el franquiciador, como de un derecho de prórroga para el franquiciado, el fundamento de las exigencias de estos autores, radican en la salvaguarda de los intereses elementales de la empresa intermediaria, argumentando que debido a la importancia de la inversión que el contrato exige al franquiciado, se requiere de una estabilidad en la relación entre las partes, para poder salvaguardar la necesidad de dicha amortización, considerando que se está ante un abuso, cuando la duración del contrato ha resultado insuficiente para resarcir al franquiciado de dichos gastos⁹⁵.

Respecto al incumplimiento grave y esencial de las obligaciones adoptadas, por cualquiera de ambas partes, faculta a la contraria, que sí que ha cumplido con las suyas, a la resolución del contrato, en virtud de art 1124 del Código Civil, con la simple notificación en la que conste la voluntad y la causa extintiva, sin necesidad de atender a ningún tipo de plazo de preaviso, considerándose el contrato extinguido por la recepción de la parte denunciada de dicha notificación. Esta resolución comprenderá cualquiera de las vulneraciones imaginables, que presenten para las partes la suficiente relevancia y que por tanto lo hayan hecho constar previamente en el contrato.

⁹⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pags. 112 y ss.

⁹⁵ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag. 29., Esperanza gallego Sánchez

No obstante, podemos establecer un compendio de casos que vienen a ser considerados como un incumplimiento grave por parte del franquiciado:

- Que el mismo, no inicie la actividad de franquicia dentro del plazo y condiciones establecidas, o bien la interrumpa sin causa justa una vez iniciada.
- No reproduzca de forma fiel la imagen empresarial de la franquicia o no la explote de acuerdo a los usos del sector, viéndose perjudicada la imagen y el prestigio de la red, así como las cotas de productividad.
- No haga frente a la satisfacción de la remuneración pactada en el tiempo o periodo establecido.
- Realice actividad fraudulenta en la administración o contabilidad de la empresa franquiciada.
- No facilite el ejercicio de la facultad de control previamente concedida por medio del contrato.
- Ceda de forma indebida sus derechos a un tercero.
- Realice cualquier tipo de actuaciones competitivas que hayan sido expresamente prohibidas.
- Incumpla obligaciones derivadas de los contratos suscritos con los proveedores de productos.
- No respete la obligación de mantener el secreto del *know-how*.

Al igual que aquellos casos que vienen a ser considerados como un incumplimiento grave por parte del franquiciador:

- La Inexistencia de un *know-how* que haya sido probado previamente, y que tenga un valor real.
- No se ponga el paquete de franquicia a disposición del franquiciado dentro del plazo fijado.
- No se preste el asesoramiento requerido para realizar el efectivo desarrollo de la actividad de la franquicia.
- Se lleve a cabo un intervencionismo excesivo, que supere las facultades estipuladas de control, e imposibilite la independencia empresarial del franquiciado.

- Desvalorece por medio de una conducta omisiva el *goodwill* de la franquicia.
- No provea de una forma oportuna aquellas mercancías o productos comercializados a través de la red⁹⁶.

Respecto a la posible extinción o mantenimiento del contrato derivada de los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento de las partes, una mayoría doctrinal considera de aplicación lo dispuesto en el art 1257 del Código Civil, que establece: *“los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley”*, valorar esta regla general en la aplicación de los contratos de franquicia, es una tarea dificultosa, debido a que por un lado para una corriente doctrina, la confianza entre las partes resulta un elemento esencial, por lo que la transmisión de la posición contractual no resulta posible debido a su naturaleza, no obstante, también debe entrar a colación la importancia de un posible interés económico vinculado a la continuidad de la relación, así como el hecho de que actualmente un elevado número de franquiciadores se presentan como sociedades mercantiles, por lo que la desaparición de los mismos supone realmente una sucesión de empresas, y no una extinción del sujeto; sin perjuicio de los múltiples problemas que pueden derivar de la consideración de que la muerte no resulta determinante de la extinción del contrato, tales como los tendentes a la necesidad de la concurrencia de la condición de empresario en el franquiciador, o bien en los supuestos de extinción sin la sucesión de la persona jurídica, así como en aquellos en los que el franquiciador sea una persona física supondría para su heredero el mantenimiento del contrato, con las inherentes obligaciones de asistencia y asesoramiento⁹⁷.

Otra cuestión polémica entre la doctrina, es la relacionada con la extinción derivada de la denuncia unilateral del contrato junto con la posibilidad de la aplicación por analogía de los preceptos de indemnizaciones y compensación por clientela contemplados en la ley del Contrato de Agencia.

⁹⁶ LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., OP.CIT, pag. 113.

CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I., *“Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (Segunda Parte)”*, Estudio realizado en el marco de la asignatura Derecho Mercantil II (Curso 2000/2001) de la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Almería y dirigido por el profesor Dr. D. Carlos Vargas Vasserot, pag. 11.

⁹⁷ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag. 32.

Esta posibilidad de aplicación análoga de las normas se efectúa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 Código Civil, cuando dispone que “*cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*”, dentro de la práctica habitual en el tráfico negocial la incorporación de una cláusula de desistimiento libre *ad nutum* resulta algo altamente extendido, la misma viene a ser utilizada en mayor medida por los principales o franquiciadores en el caso que nos ocupa, que por los distribuidores, franquiciados en nuestro caso, ya que son estos últimos los que sufren un mayor daño (debido a que su inversión para ejecutar el contrato es mayor), por lo que en consonancia con esta circunstancia, un sector doctrinal mayoritario ha defendido la necesidad de que el franquiciado reciba una tutela adecuada, debido a que será el que soporte las eventuales consecuencias del cese de la actividad, junto con el riesgo latente del ejercicio de esta facultad por parte del franquiciador durante la vigencia del contrato.

Tutela que contiene dos vertientes, por un lado, en aquellos casos en los que el contrato ha sido pactado por tiempo indeterminado, las partes estarán facultadas a poner fin al mismo por la declaración de cualquiera de ellas, estableciendo la doctrina y la jurisprudencia, que puede surgir el derecho a indemnización por aquel que recibe la declaración, si esta se ha producido sin justa causa y sin el preaviso de al menos 3 meses⁹⁸.

Se exige por tanto la concurrencia de justa causa para poder dar por finalizada la relación contractual, de manera que en caso contrario será necesario que se indemnice al franquiciador por los daños y perjuicios provocados, esta exigencia en concreto ha sido amparada por el Tribunal Supremo para el contrato de concesión en distintos pronunciamientos (SSTS 15-5-1999, 26-4-2002, 4-7-2006) siendo exigible no obstante la prueba de los referidos daños, un sector de nuestra doctrina admite esta tesis tanto en los contratos de distribución, como en el propio contrato de franquicia, para la cual además, la justa causa no exime del cumplimiento del principio de la buena fe, siendo necesario una valoración comparativa aquellos motivos señalados por el franquiciador con los perjuicios ocasionados al franquiciado, para poder negar el derecho a una indemnización hacia este último por las inversiones realizadas; no obstante, resulta necesario señalar en este punto que el Tribunal Supremo ha venido a negar este derecho

⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., OP.CIT, pag. 251.

En este sentido de pronuncian las SSTS de 16 de marzo de 2007, 1 de junio de 2009

a indemnización en base a diferentes motivos tales como: la larga duración del contrato (SSTS 17-12-1973 y 27-5.1993), o la existencia de una cláusula de preaviso (STS 28-6-1998, 17-5-1999, 28-1-2002), señalando esta corriente doctrinal de aplicación análoga de aquellas normas establecidas para la extinción en los contratos de agencia, que como notificación de la finalización con un preaviso razonable se entiende el plazo de un mes por cada año que haya alcanzado el contrato, establecido un máximo en treinta y seis meses, y por tanto deberá indemnizarse si este plazo de notificación es incumplido⁹⁹.

La segunda de las vertientes respecto a esta tutela, es aquella en la que cierta doctrina encuentra de aplicación por analogía el reconocimiento del derecho a la compensación por clientela en el contrato de franquicia, cuando debido a la actuación del franquiciado durante el contrato de franquicia se ha ocasionado un beneficio para la actividad del franquiciador, esta aplicación del art 28 de la ley del Contrato de Agencia se encuentra nuevamente justificada para estos autores debido a la mencionada identidad de razón del artículo 4 del CC, dada la similitud en la función económica que cumplen la agencia y la concesión, sin ser esta una tesis compartida por la totalidad de la doctrina ¹⁰⁰.

El Tribunal Supremo señaló en un primer momento en su jurisprudencia que la tutela del distribuidor/franquiciado (por la analogía mencionada), debía limitarse a la que recogía el Derecho Civil en materia de terminación de contratos (SSTS 14-3-1973, 21-4-1979), y negando por tanto el derecho a la indemnización por clientela (salvo que la misma hubiese sido pactada de forma expresa), más adelante cambió esta concepción y reconoció la necesidad de protección del franquiciado, justificando la misma tanto en base a la doctrina del enriquecimiento injusto, al señalar que el disfrute del franquiciador de la clientela obtenida por el franquiciado, supone un quebranto patrimonial para el último que ha de ser compensado por no resultar justificado en la simple denuncia unilateral del contrato(STSS 14-2-1997, 31-12-1997, 16-12-2002), como en base a la mencionada aplicación analógica del Art 28 de la Ley de Agencia,(STS 12-6-1999, 24-10-2008) fundamentando incluso su procedencia en el artículo 1258 CC al entender que su consecuencia es acorde a la naturaleza del contrato y a la buena fe (STS 15-1-2008).

⁹⁹ TORRUBIA CHALMEDTA, B., OP.CIT, pag.323.

¹⁰⁰IBIDEM., pag. 324.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "*Franchising*", en Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas Madrid, 1995, pages. 3156-3157

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo ha matizado igualmente, que la indemnización no ha de ser concedida de forma automática por haberse extinguido el contrato únicamente (STS 28-1-2009), sino que es necesario que “*se pruebe la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente*”, lo que se traduce en que el incremento de los referidos usuarios o compradores habituales ha de ser acreditado(STS 19-11-2003), siendo el mismo apreciado de forma potencial, es decir basado únicamente en “*la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico por tratarse simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de la clientela*”¹⁰¹(SSTS 30-4-2004, 13-10-2004, 21-10-2005, 23-06-2005), así como por entrar a valorar otra serie de cuestiones tales como el componente temporal, negando dicha indemnización cuando se aprecia una duración razonable en el contrato, que haya permitido amortizar las inversiones iniciales para la puesta en marcha del negocio (STS 9-2-2006), igualmente se acepta como válido cuando se ha pactado en el contrato expresamente la exclusión de la indemnización por clientela (STS 31-7-2007)¹⁰².

Otra cuestión a analizar en la extinción del contrato de franquicia, es aquella relacionada con la peculiaridad de la naturaleza del objeto cedido, pues aun cuando la extinción implica el cese de la potestad en el franquiciado del uso del paquete de franquicia, no está exenta de generar problemas en relación a la restitución del *know-how*, debido a la imposibilidad manifiesta de que estos conocimientos puedan volver a ser secretos, por tanto la obligación post contractual implicará no solamente la abstención de su uso, sino también el mantenimiento de su secreto, para garantizar estas exigencias será usual que se incluyan en el contrato tanto cláusulas de no competencia como penales¹⁰³.

Resulta muy importante la STS de 21 de octubre de 2005, pues ilustra la situación en la que una vez se ha resuelto el contrato de franquicia, que consistía en la cesión del uso de la marca, la imagen y el *know-how* comercial y organizativo de JACADI, se establece que la franquicia pudo sustituir lícitamente la marca JACADI por la de NECK & NECK, y seguir vendiendo ropa para niños en los mismos establecimientos anteriormente adscritos a la franquicia, pero que por el contrario, no podía lícitamente seguir

¹⁰¹ TORRUBIA CHALMEDTA, B., OP.CIT, pag. 326.

¹⁰² IBIDEM 327

¹⁰³ DE LAMO MERLINI, O., OP.CIT, pag. 33.

explotando el *know-how* recibido de JACADI, el cual según indica la sentencia, debe ser defendido, el TS justifica su decisión señalando que no puede seguir explotando el *know-how* recibido, al considerarlo desleal, por contrario a la buena fe en sentido objetivo del art 5 Ley de Competencia Desleal (Fundamento de Derecho Sexto y Octavo), y que por ello se debe indemnizar los daños y perjuicios producidos, los cuales deberán ser definidos por los Tribunales de manera suficiente y adecuada (En ese punto se debe señalar a modo ilustrativo como los beneficios ilícitos obtenidos deben ser ciertos, concretos y acreditados, como son exigidos en las SSTS de 28 de octubre de 2004, y de 14 de febrero de 2005¹⁰⁴).

7. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA FRANQUICIA EN ESPAÑA. PROBLEMÁTICA MÁS COMÚN Y SOLUCIONES DISPONIBLES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

7.1 Situación de la Franquicia en España

Los orígenes del incremento de la franquicia en España se remontan a principios de los años 60 cuando empresas de origen francés, como Pingouin, Descamps o Rodier, introdujeron sus cadenas de establecimientos de lanas para labores, ropa de hogar y moda, respectivamente; al mismo tiempo, algunas empresas españolas, como Santiveri o Pronovias, consolidaban sus propias cadenas de tiendas. A mediados de los 70, la franquicia recibe un nuevo impulso con la llegada de una segunda oleada de franquicias europeas y la implantación en España de importantes enseñas de procedencia norteamericana, como Burger King y McDonald's.

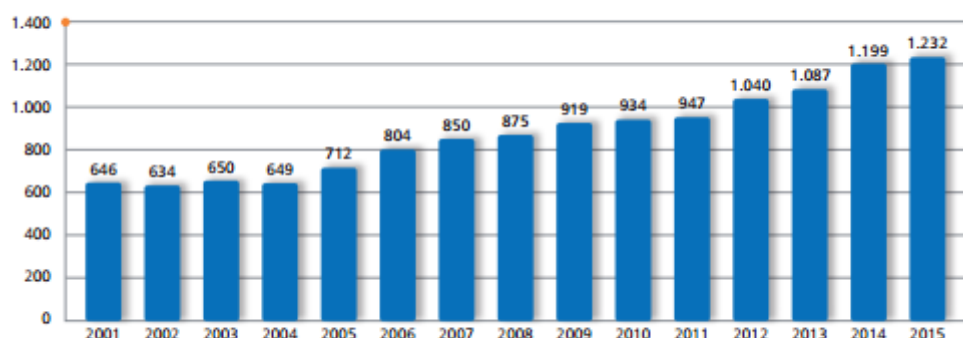
Desde la entrada de España en la Unión Europea asistimos a un gran desarrollo de la franquicia, como en la mayoría de países europeos, debido tanto a aquellas empresas franquiciadoras cuyo objetivo es la expansión, como por el perfil de franquiciado, que busca el establecer su propio negocio de una forma relativamente segura.

¹⁰⁴ CHULIÁ VICENT, E/BELTRÁN ALANDETE, T., OP.CIT.

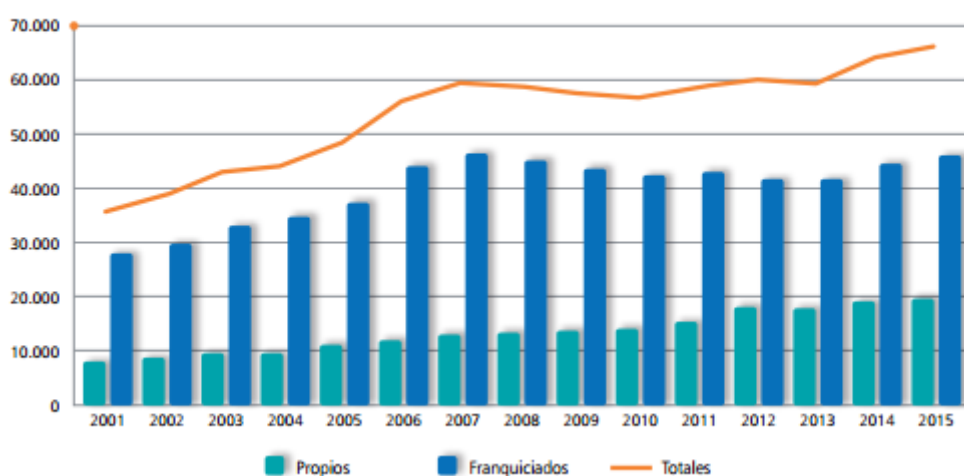
En España, la franquicia es un formato de comercio que actualmente está soportando relativamente bien los envites de la crisis económica en la que nos vemos inmersos, siendo una fórmula de negocio que mantiene su positiva expansión, tras algunos años en los que ha visto mermado su crecimiento¹⁰⁵.

Esta tendencia general de la franquicia en España la podemos observar a continuación, en base al número de enseñas operativas en nuestro país, junto con el número de establecimientos, propios y a través de franquiciados, que las redes de franquicia han ido abriendo en los últimos años:

AEF. Franquicia en España. Enseñas



AEF. Franquicia en España. Establecimientos



¹⁰⁵ Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (segunda parte), pag. 3.

7.2 Patrones generales de la problemática en las relaciones de Franquicia.

Tras haber analizado el contrato y en particular sus puntos más conflictivos, resulta manifiesto, que no todo en el mismo son beneficios para aquel que interesado en acceder a la red, si bien es cierto existen ventajas inherentes, relacionadas con la reducción del riesgo que supone el acceso a un negocio ya consolidado, la naturaleza del propio contrato desprende ciertos inconvenientes a tener en cuenta, tales como los gastos extras que representan los costes adicionales (el canon de entrada, los royalties de funcionamiento o de publicidad...), que no se contemplarían en un negocio independiente, la limitada creatividad disponible para el franquiciado, al encontrarse sujeto a una serie de normas preestablecidas en todos los aspectos del negocio, o el no dejar de estar ligado al rendimiento y capacidad de los otros puntos de venta de la red pudiendo afectar los mismos de forma negativa a la imagen del propio negocio¹⁰⁶.

Tampoco conviene dejar de señalar, que si bien tendría que ser la autonomía de la voluntad de las partes la que definiera el contenido del contrato, resulta frecuente que en un contrato de franquicia no exista demasiado margen en la negociación, pues los franquiciadores consolidados disponen de su modelo tipo de contrato, siendo usual por tanto que el mismo resulte un contrato cercano al de adhesión.

La problemática observada más recurrente en base a las manifestaciones de los implicados, en las relaciones del contrato de franquicia, tienen en común ciertos patrones¹⁰⁷:

- Aquellos relacionados con perfil del inversor que accede a la red de franquicia, debido sobre todo a la crisis y la elevada tasa de paro se ha propiciado una evolución del sector, siendo usual que mientras antes la inversión en franquicias era efectuada mayoritariamente por inversores o empresarios, que ya operaban otras franquicias, y cuya finalidad era ampliar el negocio, en la actualidad se está incrementando el perfil de aquel particular que ante las dificultades de encontrar un trabajo invierte su dinero en abrir su propio negocio, buscando el respaldo

¹⁰⁶ Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (primera parte), pag. 14.

¹⁰⁷ “La rebelión de los franquiciados”, www.elpaís.com. 22 de abril de 2014.

“La oleada de franquiciados 'estafados' enturbia el negocio de las grandes firmas”, www.elconfidencial.com. 21 de marzo de 2016.

que le produce el hacerlo sobre un modelo ya testado, sin embargo una vez entre en la red de franquicia, pasará igualmente a convertirse en empresario, con las dificultades que esto conlleva; esta concepción de la franquicia como alternativa de autoempleo, en lugar de como negocio de inversión, se traduce en la carencias de dirección del negocio en la práctica, concibiendo los gastos en el mismo como innecesarios, o tratando de cubrir por si mismos la cantidad más elevada posible de puestos en el negocio, descuidando así su verdadera función que es administrar el negocio de forma general.

- En relación a un descontento con las estimaciones de rentabilidad, atendiendo a la limitada garantía que suponen las facilitadas por el franquiciador en la fase precontractual, al no estar siempre contextualizadas (lugar donde se emplace el negocio, temporada del año donde se recogen los datos), y no encontrarse normalmente en el contrato si no que se presentan en las conversaciones mantenidas en las negociaciones, por lo que las mismas no deben ser consideradas como una estimación fiable de la rentabilidad real que generará el negocio; Además se debe tener en cuenta que es posible que haya que invertir el local y su adecuación, así como prever los eventuales gastos de publicidad, lo que puede hacer variar la inversión y el rédito que se espera de la misma.
- Problemas en la comunicación entre las partes, sin entrar a valorar que exista una actuación de mala praxis por alguna de las mismas, algunos de los conflictos que devengan en la ruptura de las relaciones, viene ocasionados o se incrementan por una comunicación deficiente entre las partes.
- Suscripción del contrato sin estudiar de forma exhaustiva el mismo, pues si bien los contratos en la práctica están prediseñados en gran medida por la parte franquiciadora, se deben resolver cualquier duda respecto al mismo antes de firmarlo, y en su caso exigir la información oportuna, que permita hacerse una idea adecuada del margen de maniobra real del que dispondrá en los distintos ámbitos del negocio.

Todas estas circunstancias han de estar sopesadas antes de la suscripción del contrato, pues bien por no estar suficientemente interiorizadas, o bien debido a un ejercicio inadecuado de las mismas, pueden desembocar en problemas y frustraciones, por eso el primer punto a tratar en la problemática del contrato de franquicia, es aquel relacionado con las precauciones a tomar antes de la suscripción del mismo.

7.3 Medidas de prevención antes de la suscripción del contrato

Uno de los factores que resultará más determinante a la hora de alcanzar el éxito en la relación de cooperación, y permita el correcto diseño de la misma, será el poder advertir y evitar a aquella parte que se comporte de forma “oportunista”, facultad que será de crucial importancia, y que lógicamente debe tener lugar antes de comenzar la relación contractual.

Para facilitar la decisión más adecuada a la hora de iniciar una relación contractual de franquicia, señalaremos en este epígrafe algunos de los mecanismos más usuales para evitar tales comportamientos, en base a un estudio estadístico de los mecanismos organizativos que suelen emplear las franquicias que operan en España, para prevenir el oportunismo en la relación.

7.3.1 Prevención de la selección adversa del franquiciador.

La principal problemática en la práctica al respecto, radica en la dificultad del franquiciado para poder discernir la verdadera calidad del formato de negocio del franquiciador con anterioridad a la relación contractual, los autores consultados señalan tres garantías de carácter reputacional para poder reducir esta problemática:

- La primera de las mismas, resulta de observar si los franquiciadores son propietarios de parte de los establecimientos de la cadena, la media de los establecimientos de la red que los franquiciadores conservan como propios ronda el 26%, dicha propiedad pone de manifiesto la confianza del franquiciador en su formato de negocio, lo que puede revelar una valiosa garantía al futuro franquiciado.
- La segunda de estas soluciones, pasa por informarse acerca de si el franquiciador en cuestión se encuentra afiliado a un registro, o una asociación de franquiciadores, la distinción no es baladí, pues en el primero de los casos es usual la exigencia de información acerca de las características de la red, en las segundas en cambio resulta común el cumplimiento de un código deontológico, por lo que la afiliación a una organización de este tipo puede resultar una garantía para el futuro franquiciado, en la medida de que para poder haber sido aceptado en ella el franquiciado ha debido de cumplir con una serie de requisitos que revelan la calidad de su formato de negocio.

- En tercer lugar, puede resultar relevante el informarse respecto a si el franquiciador dispone de convenios con entidades financieras, debido a que estos suponen una garantía en sí mismos, dado dichas entidades han estudiado previamente la calidad del formato de negocio del franquiciador para conceder la financiación¹⁰⁸.

7.3.2 Prevención del riesgo derivado de una gestión ineficaz de las obligaciones del franquiciador.

Entendiendo las mismas como su obligación de formación o de asistencia al franquiciado, el diseño de las políticas comerciales, el control de la uniformidad de la red, o cualquier provisión de servicios que se desarrolle en un nivel inferior al prometido; para la reducción de este riesgo se pueden prever la utilización de diversos mecanismos de incentivos, garantías y control, como los que a continuación se exponen:

- Establecimiento de royalties, el cual se presenta a ojos de los expertos consultados como el mecanismo incentivador más importante, pues condiciona al franquiciador a desarrollar de forma más eficiente la gestión del negocio, para posibilitar el aumento de las ventas de los franquiciados que supondrán de forma proporcional el incremento en los royalties abonados por los mismos, en la práctica, el porcentaje de dichos royalties oscilan entre el 2% como cifra promedio y el 15% como máximo.
- La concesión de exclusividad territorial, esta cláusula tratada en varios puntos del trabajo, resulta de vital importancia pues la concesión de la misma se traduce en garantizar que la inversión no pueda ser expropiada por el propio franquiciador u otros franquiciados de la misma red.
- Duración del contrato, la larga duración en el contrato se presenta por motivos obvios como una mayor garantía para el franquiciador en el contrato, pues limita al franquiciador a terminar con el mismo, pues nuestros tribunales se suelen mostrar reacios a admitir una rescisión del contrato antes de su finalización, en la práctica la duración de los contratos es de 6 años y medio como promedio,

¹⁰⁸ SANCHEZ GÓMEZ, R/ SUÁREZ GONZÁLEZ, I/ VÁZQUEZ SUÁREZ, L., "El diseño contractual de la relación de franquicia", UNIVERSIA BUSINESS REVIEW, Tercer Trimestre 2008, pag.68.

pero la misma oscilan entre el mínimo de 1 año y un máximo de 20, junto con la cláusula territorial supone un incentivo al franquiciador para realizar inversiones que de otro modo no se plantearía realizar.

- El establecimiento de asociaciones de franquiciados de una misma red, es una opción como mecanismo de control, pero que se muestra como poco explotada por existe solamente en un 10% de las cadenas que son objeto del análisis¹⁰⁹.

7.3.3 Prevención de la selección adversa del franquiciado.

En la otra vertiente, no podemos dejar de enfocar nuestro estudio desde la perspectiva de la red franquiciadora, pues la problemática en la práctica, responde a las circunstancias de ambas partes, por lo que solo de este modo podremos lograr una visión completa de la misma, que sirva para evitarla de forma eficaz; de manera que en ocasiones la raíz de la problemática nace en cuanto el franquiciado elegido no posee el perfil más idóneo para llevar el negocio, por lo que las soluciones señaladas por los expertos para solventar este problema pasan por el empleo de ciertas técnicas a su alcance que permitan una selección favorable, como pueden ser:

- La concesión de otro establecimiento a modo de incentivo a aquellos franquiciados que ya son propietarios de algún negocio de cadena, pues no resulta una práctica poco común el que las cadenas cuenten con multfranquiciados.
- El empleo de dos modalidades principales de garantías al alcance del franquiciador, por una lado las contractuales, como el pago del canon de entrada en la red y la gestión directa del negocio, cláusula altamente extendida siendo exigida por cerca del 90% de los franquiciadores estudiados, siendo esta la garantía más frecuente, frente a lo minoritario que resulta la gestión directa del negocio realizado únicamente por un 20% de los franquiciadores aproximadamente; el otro tipo de garantía es aquella de carácter reputacional, y consiste en establecer la exigencia a los franquiciados de ciertos requisitos como la cualificación académica, o experiencia previa, sin embargo, el empleo de estas

¹⁰⁹ SANCHEZ GÓMEZ, R/ SUÁREZ GONZÁLEZ, I/ VÁZQUEZ SUÁREZ, L., OP.CIT, pags.69-70

exigencias es poco frecuente, siendo el de la experiencia requerido por en torno al 17% de los franquiciadores y menor aún el de la cualificación académica rondando el 12%. Como vemos ambas garantías tendrían la función de ejercer de mecanismo de criba al ser insertadas por el franquiciador en el contrato de franquicia¹¹⁰.

7.3.4 Prevención del riesgo derivado de que el franquiciado rebaje la calidad del servicio.

Las principales herramientas disponibles con las que un franquiciador puede evitar este riesgo, se dividen en las categorías de incentivos, controles y sanciones.

- La primera de estas categorías se enlaza con la vista en la selección adecuada del franquiciado, y es nuevamente la multifranquicia, pues la concesión múltiple a un franquiciado que se ha mostrado diligente, ha venido definiéndose como un incentivo que incrementan la inversión en la marca por parte del franquiciado y como consecuencia aleja las conductas que pudieran deteriorar la imagen de la marca.
- Respecto a los controles, existen varios mecanismos de control de la calidad del servicio tales como: las auditorías de calidad que consisten en visitas en el terreno por parte de inspectores que corroboren los estándares de calidad del servicio, una subcategoría en estas auditorías es el empleo por parte de los franquiciadores de “clientes misteriosos”, que son personas que realizan esta tarea de evaluar el cumplimiento de los procedimientos operativos establecidos por el franquiciador, así como el cumplimiento del nivel de calidad exigido, haciéndose pasar por un cliente de la franquicia y al que posteriormente se le proporciona un cuestionario estandarizado para dejar constancia de la experiencia acontecida, para ser finalmente observado por el franquiciador; resulta también una práctica normalizada el de la encuesta a sus clientes respecto a su grado de satisfacción con la calidad del servicio. Otro mecanismo de control es el suministro a los franquiciador de materias primas o productos, resulta una práctica altamente extendida, alcanzando en torno al 85% de los franquiciadores, la cual hemos tratado anteriormente en el trabajo, consiste de forma sucinta en la

¹¹⁰ SANCHEZ GÓMEZ, R/ SUÁREZ GONZÁLEZ, I/ VÁZQUEZ SUÁREZ, L., OP.CIT, pag. 70.

obligación a sus franquiciados de abastecerse bien de ellos o de terceros autorizados, la justificación de esta práctica es el evitar que puede rebajarse la calidad de las materias primas o de los productos, con una implantación similar en torno al 83% se encuentra el uso del sistemas de información, que se presentan como una herramienta indispensable para permitirles tanto controlar las ventas, como poder mejorar la gestión del stock y el proceso de introducción de nuevos.

- Respecto a aquellos mecanismos de sanción, tanto la terminación del contrato o rescisión anticipada, se encuentra previsto por la práctica totalidad de los franquiciadores, también son de uso extendido la no renovación del contrato a término, así como la cláusula de no competencia poscontractual. Resulta una práctica muy minoritaria el no usar ninguno de los controles mencionados anteriormente, y un porcentaje elevado de franquiciadores, algo más del 70% utilizan al menos tres de los mismos.¹¹¹

7.4 Principales circunstancias conflictivas del contrato de franquicia

Como venimos señalando existe una extensa problemática en la práctica derivada de los contratos de franquicia, hay que ser conscientes que pese a todas las precauciones y búsqueda del clausulado más favorable, no existe ninguna norma que asegure al franquiciado el éxito financiero tras la firma del contrato, no puede existir compromiso alguno del franquiciador que garantice un resultado determinado, los cálculos del franquiciador de dichos resultados serán siempre una aproximación, así ha sido señalado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Núm. 193/2005 (Sección 14ª), de 29 de marzo.

Los conflictos pueden surgir en cualquiera de las diferentes fases del contrato, antes de la celebración del mismo, durante su vigencia, o finalmente tras su extinción, el siguiente epígrafe pretende realizar un análisis de estos conflictos a través de distintas resoluciones, sentencias y autos de nuestros Tribunales¹¹².

¹¹¹ SANCHEZ GÓMEZ, R/ SUÁREZ GONZÁLEZ, I/ VÁZQUEZ SUÁREZ, L., OP.CIT, pags. 70-72.

¹¹² PEREZ MARTELL, R., OP.CIT, pag. 34.

7.4.1 Conflictos durante la fase precontractual del contrato de franquicia

Como veíamos en este mismo trabajo, en el epígrafe de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, si bien estamos ante un contrato nominado, es decir cuya existencia está prevista en el ordenamiento, pero a la vez resulta atípico en cuanto a que su contenido no está regulado, por lo que será la voluntad de las partes plasmadas a través del clausulado del contrato las que regirán en el mismo.

El primer problema que suele encontrarse, tiene lugar durante la negociación del contrato, derivado de un posible incumplimiento del deber de información precontractual, si bien ya hemos abordado con anterioridad esta cuestión, nos detendremos en aspectos más prácticos y cercanos a la realidad de la contratación, pues debemos tener en cuenta el desequilibrio que existe entre las partes, de este modo como veíamos el art 3 del RD 201/2010 impone al franquiciador el deber de entregar al franquiciado en potencia, por escrito y de con una antelación de 20 días a la celebración del contrato o del precontrato, o bien a la entrega por parte del futuro franquiciado de cualquier pago, esta información debe ser veraz, y tratar en torno a ciertos elementos que hemos delimitado en este trabajo previamente.

La problemática que tratamos ahora en mayor profundidad es aquella en relación a las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones de información por parte del franquiciador, y si dicha ausencia puede ocasionar la nulidad del contrato a instancias del franquiciado debido al incumplimiento de un deber de información legalmente establecido, que ocasione un error invalidante como un vicio del conocimiento.

Nuestra doctrina, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, ha venido a señalar, que no habría de establecerse una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de información, y la nulidad del contrato, no obstante al estar recogidos en el cuerpo legal aquellos requisitos concretos de información que el franquiciador debe presentar, se facilita el ejercicio de posibles acciones judiciales por

parte del franquiciado, si este pudiera demostrar que la información era incorrecta, falsa, o directamente no fue facilitada¹¹³.

Por lo que con el objetivo de evitar cualquier futuro problema, se espera por tanto que el franquiciador haya de mostrarse especialmente cauteloso en esta fase precontractual, para cumplir con la obligación exigida en la Ley de facilitar toda la información necesaria al franquiciado, sin que no obstante, esto pueda confundirse con una posible responsabilidad del franquiciador en torno al éxito del negocio del franquiciado, tal y como se recoge en la Sentencia Número 62/2012 de 27 de febrero del Tribunal Supremo, así como de la Sentencia Número 300/2010 de 17 de septiembre Audiencia Provincial de Asturias¹¹⁴.

7.4.2 Conflictos durante la vigencia del contrato de franquicia

Una vez resuelta la negociación contractual, y cumplido de forma satisfactoria el requisito del intercambio de información, podemos entrar en el análisis de los conflictos más comunes que suele ocasionar el clausulado que conforma el contrato de franquicia, que tendrán lugar cuando se produzca un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones de alguna de las partes:

La primera circunstancia imprescindible en el contrato ha de ser, la determinación de aquellos derechos de exclusiva que son objeto de cesión, el sistema de franquicia se sostiene sobre aquellos derechos de exclusiva(patentes, marcas, know-how, o derechos similares) que son transmitidos a título de licencia y que configuran el modelo de empresa del franquiciador; tal y como dispone el artículo 2 a) y b) del RD 201/2010, y como ha venido a ratificar el TS en su Sentencia núm. 754/2005 de 21 de Octubre de 2005, al señalar “ *la transmisión del know-how del franquiciador al franquiciado es un requisito básico del contrato según la legislación comunitaria y la doctrina jurisprudencial*”.

¹¹³ Martí Miravalls, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia”, Revista de Derecho Mercantil Núm. 284/2012, parte Comentarios de Jurisprudencia

¹¹⁴ RIBÓ, A/ POCH, A., “Los peligros del contrato de franquicia y cómo mitigarlos”, *Economist & Jurist*, Año 2015, Vol. 23, Número 190, pag. 62.

La descripción detallada de los elementos que compondrán el *know-how* resulta por tanto de vital importancia, así como de aquellos otros elementos que sean objeto de cesión tales como, marcas, símbolos, derechos de autor o imagen corporativa; de no ser así en caso de conflicto judicial entre las partes, el franquiciador tendrá que acreditar el contenido exacto del *know-how*, y si este no pudiera hacerlo podría ocasionar el que se cuestione incluso su existencial, tal y como dispone la Sentencia núm. 7/2014 de 10 de enero de la Audiencia Provincial de Madrid.

El siguiente foco de problemas es el relativo al deber de control del franquiciador, como hemos podido ver en anteriores epígrafes la relación contractual existente en el contrato de franquicia es de tracto sucesivo, pues su objetivo es también el tutelar la actividad que desarrolle el franquiciado por medio del control y vigilancia al mismo de una forma continuada, pues aunque las partes gocen de independencia jurídica, las restricciones que impone el modelo de negocio originario, limitarán a todas luces la autonomía del franquiciado, tanto es así que el franquiciador tiene atribuida la potestad de controlar que se cumplan las directrices a las que deben sujetarse los franquiciados, con la finalidad de poder mantener la uniformidad del negocio, esto es posible dado que resulta habitual que en los contratos de franquicia e recoja la posibilidad de que el franquiciador realice visitas de una forma periódica en aras de inspeccionar el local del franquiciado, y por tanto teniendo este último la obligación de permitir dicho control para que se cumplan los estándares del negocio, hasta tal punto que el franquiciador podría incluso instar la resolución de contrato con justa causa, si le fuera negada la entrada al local, como señala la Sentencia Núm., 473/2012 de 4 de septiembre de la Audiencia Provincial de Madrid¹¹⁵.

Respecto a la problemática relacionada con la homologación de productos, en este ámbito puede resultar conflictivo, el cómo por un lado el franquiciado estará preocupado por preservar una imagen integral de los franquiciados, que puede colisionar con aquellos preceptos del derecho de la competencia que regulen la prohibición de obligar a los franquiciados a la compra en exclusiva, debido a lo cual, en relación con la controversia que pueda generar el establecimiento de este tipo de

¹¹⁵ RIBÓ, A/ POCH, A., OP.CIT, pag. 63.

cláusulas en los contratos de franquicia, nuestra jurisprudencia ha venido mostrándose favorable a la postura que faculta al franquiciador a poder homologar los productos que el franquiciado deberá emplear, en los casos en los que resulten necesarios para garantizar el mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red, en tal sentido lo establece la Sentencia de 4 de septiembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, conocida como caso TELEPIZZA, en la que el Tribunal señala como algo necesario para *“mantener el buen nombre y la imagen de la casa franquiciadora”*. Sin embargo, los autores consultados señalan que cuando dicha cláusula incida en las mencionadas limitaciones en materia de productos impuestas al franquiciado y por tanto condicionen su libertad de abastecimiento exclusivo, se deberán de ver limitadas a los productos esenciales de la marca, sin afectar por tanto a aquellos que sean superfluos, en pos de evitar un posible desequilibrio contractual injustificado o la normativa en materia de competencia se vea infringida.

En relación con la prestación de asistencia comercial, podemos establecer que la misma resulta una máxima del contrato de franquicia, si repasamos las obligaciones del franquiciador encontramos que debe tanto prestar una formación inicial como realizar una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vida del contrato, el fin último no es otro que el mantener una imagen unitaria frente al consumidor, por lo que esta cláusula es tanto un beneficio para el franquiciador, como un deber, pues esta prestación no puede ser desatendida como ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia Núm. 164/1997 de 4 de marzo, en la cual establece que el incumplimiento de estos compromisos de asesoramiento y formación, alcanza la suficiente transcendencia para significar la resolución contractual.

La cláusula de exclusividad territorial, ha sido una de las más conflictivas en la práctica, más en particular cuando la delimitación territorial resulta imperfecta por ser poco precisa, o cuando la determinación del territorio asignado en dicha cláusula no excluye de forma expresa la entrada de nuevos operadores en dicha zona¹¹⁶.

El Tribunal Supremo, ha interpretado que la infracción de la exclusividad territorial, resulta una vulneración de un *“deber básico”*, que *“comporta una deslealtad suficiente*

¹¹⁶ BALCELLS L CABANAS, J.M., OP. CIT.

para destruir la confianza en la contraparte (...), constituyendo un incumplimiento esencial”, en su STS 532/2012 de 30 de julio¹¹⁷.

En relación a la posible restricción que generará en el Derecho de la defensa de la competencia, se deberán de pasar los criterios que presenta el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, para determinar que dichos acuerdos resulten admisibles, en el caso que nos ocupa, los mismos no podrán emplearse con el fin de cerrar o compartimentar los mercados, un ejemplo de esto sería aquel acuerdo, que impidiera al franquiciado la posibilidad de realizar ventas pasivas a consumidores finales de zonas distintas a la suya¹¹⁸.

En lo referente al pago del precio, no existe como hemos visto, un único sistema de retribución al franquiciador, pero si resulta usual el pacto de un porcentaje sobre las ventas del franquiciado, sistema que por otro lado resulta bastante objetivo a la hora de poder valorar las ventajas reales de cada franquiciado. De este modo, resulta igualmente habitual la atribución de un derecho al franquiciador, para poder revisar de manera periódica la contabilidad del franquiciado, con la finalidad de verificar su cifra de negocios. La eventual negativa del franquiciado a la hora de eludir este contrato en el acceso a los libros de cuentas, o la manipulación directa de las cifras para esconder ganancias, esta sancionada por la jurisprudencia con la resolución del contrato.

Con relación a la cláusula penal, la incorporación de la misma al contrato tiene como objetivo el sancionar aquellos supuestos tanto de resolución unilateral y/o injustificada del contrato por parte del franquiciado, como de incumplimiento de aquellas obligaciones establecidas contractualmente. Dicha cláusula no presenta mayor problema en cuanto a su validez, pues se encuentra plenamente aceptada por la jurisprudencia, no obstante la misma ha de ser objeto de moderación, tal y como dispone en la Sentencia Núm. 315/2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, por mencionar alguna, en aquellos supuestos en los que quede acreditado que el mencionado incumplimiento lo ha sido de forma parcial, pues el supuesto debe ser puesto en consideración respecto a aquellos casos en los que el titular de la empresa franquiciada haya otorgado alguna garantía personal de la deuda a favor del franquiciador, en cuanto esta se verá extendida

¹¹⁷ RIBÓ, A/ POCH, A., OP.CIT, pag. 64.

¹¹⁸ BROSETA PRONT, M/MARTÍNEZ SANZ, F., OP.CIT, pag. 140.

al importe de la cláusula penal, por lo que se aconseja que se deje constancia de ello en el contenido del contrato.

Un aspecto problemático, en relación a la amplitud de las facultades de control del franquiciador, es aquel que trata en torno a la posible asunción directa del franquiciador en la responsabilidad en el ámbito laboral del negocio de franquicia, entendido el mismo tanto en el proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados, así como el resultado de dicho proceso, resulta esclarecedor el pronunciamiento de los tribunales al respecto, así en la Sentencia Núm. 1267/2010 de 4 de junio dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, este apreciaba una cesión ilegal de trabajadores, en un supuesto en el que uno de dichos empleados aunque fue contratado por la empresa franquiciada, recibía instrucciones y órdenes de la empresa franquiciadora, que a efectos prácticos asumía de forma total la dirección y el control del trabajo, por lo que condenó de forma solidaria a franquiciador y franquiciado al abono de la indemnización por despido improcedente; en un sentido similar se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia Núm. 366/2002 en la que sin llegar a declarar la existencia de una cesión ilegal, identifica al franquiciador como empresario real.¹¹⁹

7.4.3 Conflictos durante la extinción del contrato de franquicia.

La terminación del contrato de franquicia, por cualquiera de los cauces que hemos establecido anteriormente, no implica el fin de aquellas situaciones que puedan afectar a los intereses de las partes, por lo que a continuación, señalaremos una serie de requisitos que la jurisprudencia ha ido elaborando con los más característicos¹²⁰.

La cesión del *know-how* del franquiciador, es la fuente de algunos de los conflictos más comunes entre las partes del contrato, la problemática particular con el momento de la relación entre las partes que nos ocupa, radica en aquellos supuestos de resolución contractual en los que entre las pretensiones del franquiciado se encuentra el aprovechamiento del *know-how* recibido en beneficio propio, para llegar a replicar el negocio al margen del franquiciador, la consideración que tuvo nuestra jurisprudencia al respecto ha sido el considerar tal circunstancia como constitutivo de competencia desleal, tal y como se desprende de la Sentencia de 21 de octubre de 2005. En la misma

¹¹⁹RIBÓ, A/ POCH, A., OP.CIT, pags. 62-65.

¹²⁰ PEREZ MARTELL, R., OP.CIT, pag.59.

línea se presenta la problemática en relación con la devolución del material, los símbolos distintivos, o de mobiliario, dado que en ciertos casos de resolución del contrato puede producirse la retención de los mismos por parte del franquiciado, con vistas a poder conseguir una liquidación contractual más propicia, esta situación sin embargo no escapa de sanción por parte de nuestra jurisprudencia, que incluso puede resultar un ilícito penal, tal y como señala el Auto Núm. 49/2007 de 25 de enero dictado por la Audiencia Provincial de Castellón¹²¹, o la STS de 27 de febrero de 2012 por la cual se declaró obligación de indemnizar al franquiciador por los daños y perjuicios causados, debido a la persistencia del franquiciador en el uso de los signos distintivos.

En relación con esta problemática, la de prohibición de competencia resulta una cláusula habitual en el contrato de franquicia, su objetivo final es lograr la protección del modelo de negocio creado y desarrollado por el franquiciador, evitando que el franquiciado pueda llegar a aprovecharse de forma desleal del conocimiento del mercado que haya podido adquirir durante la vigencia del contrato. El contenido de esta cláusula será el respetar una obligación de no hacer para el franquiciado, por la que deberá abstenerse de realizar tanto en el tiempo que dure el contrato, como más especialmente cuando finalice, cualquier actividad que puede resultar similar o idéntica a la que venía realizando de acuerdo a el objeto del contrato; la problemática más usual derivada de dicha práctica es la referente a su duración post-contractual, pues si dicha cláusula establecida durante la vigencia del contrato tiene como fundamento la necesidad de preservar la identidad y reputación común de la franquicia, también tiene cabida el establecimiento de la obligación de no competencia una vez finalizado el contrato, siempre que si duración tenga una limitación de 1 año tras la conclusión del mismo, tal y como se desprende del artículo 5 del Reglamento UE N° 330/2010¹²².

¹²¹ RIBÓ, A/ POCH, A., OP.CIT, pag. 63.

¹²² RIBÓ, A/ POCH, A., OP.CIT, pag. 64.

7.5 Vías de resolución de los conflictos del contrato de franquicia.

Dentro del marco del contrato de franquicia, se establece la vía en la que solucionar la eventual problemática que se presente, a continuación, señalaremos algunas notas de las vías más frecuentes previstas en estos contratos.

7.5.1 Vía Judicial

Tradicionalmente, el cauce ordinario de resolución de conflictos han sido los tribunales, en la actualidad sigue siendo la tendencia mayoritaria que franquiciadores y franquiciados resuelven sus conflictos, ante los órganos judiciales usando la vía judicial.

Este proceso judicial no requiere ninguna previsión contractual específica, puesto que supone un derecho de las partes; el mismo presenta para las partes las ventajas de tener la seguridad en que reglas procesales son claras y precisas, y a priori garantizan la igualdad de los medios de ataque y de defensa de las partes, además, en caso de error judicial, existen sistemas de recursos como garantía adicional¹²³.

7.5.2 Vía Extrajudicial

El desconocimiento de que existe la posibilidad de prever vías alternativas a la judicial y de su inclusión en el contrato de franquicia, acarrea en ciertos casos la pérdida de oportunidades relativas a llevar el negocio al mejor término, tanto al franquiciador como al franquiciado, pues en ocasiones los conflictos envenenan la relación entre estos, y suelen acabar en ruptura con graves pérdidas económicas para ambas partes, además de manchar la imagen de la red.

Las ventajas comunes que presenta el acudir a las distintas formas de resolución al margen de la vía judicial, podemos sintetizarlas en las siguientes:

- Mayor brevedad, pues el proceso puede durar pocos meses o incluso unas semanas.
- Ahorro notable respecto de los costes que suponen la vía judicial.

¹²³ PEREZ MARTELL, R., OP.CIT, pag.68

- Resolución de forma privada y confidencial, preservando la conflictividad existente en un momento determinado en la esfera privada de las partes.

7.5.2.1 La Mediación

Este procedimiento resulta una forma voluntaria y privada de resolución de los conflictos entre las partes, la misma tiene un carácter no vinculante y se caracteriza por ser muy flexible a la hora de presentar las soluciones más adecuadas a los mencionados conflictos; la mediación se lleva a cabo con la ayuda de un tercero mediador, este ha de resultar imparcial en todo momento, ejerciendo de catalizador entre las partes, si el mismo es competente, puede aportar soluciones creativas y ventajosas, a través tanto de sesiones conjuntas como separadas entre las partes de forma confidencial, lo que le permite revelar en confianza ciertas cuestiones que seguramente no revelarían a la otra parte, por lo que este mediador puede identificar los intereses ocultos, y ver aquellas posibilidades y acuerdos que no pueden haberse tenido en cuenta en otras negociaciones.

La mediación por tanto se caracteriza por flexibilidad y la creatividad en las soluciones alcanzadas, lo cual presenta una doble ventaja, por un lado, si se llega a alcanzar una solución esta será más específica al haber podido identificar el problema real, además, si las partes son capaces de solucionar el conflicto, es probable que las relaciones entre las mismas mejoren, pues podrán hacer frente a los eventuales futuros conflictos con las herramientas que la mediación les proporciona¹²⁴.

7.5.2.2 La Conciliación

Otro medio extrajudicial de resolución de conflictos al alcance de las partes es la conciliación, similar a la mediación en sus características y virtudes, la diferencia más notable con esta es que el conciliador, aunque no decide sobre la controversia, influye en mayor medida en el resultado alcanzado, debido a que ofrece una opinión con respecto a las propuestas que cada parte presenta.

¹²⁴ PEREZ MARTELL, R., OP.CIT, pags.72-73.

Resulta interesante señalar como este sistema extrajudicial de resolución de conflictos está altamente implantado en Italia, cuya legislación prevé que las partes puedan instar a la resolución de sus controversias mediante un intento de conciliación, antes de dirimir las en vía judicial o mediante arbitraje¹²⁵.

7.5.2.3 El Arbitraje.

El del arbitraje se presenta para la doctrina consultada, como un sistema idóneo para resolver las posibles controversias que se presenten en el ámbito del contrato de franquicia, al ser el mismo la figura principal en las soluciones extrajudiciales de resolución de conflictos, y estar calificado por el propio Tribunal Constitucional, como una actividad sustituta de la función jurisdiccional, siempre que en el mismo concurren los requisitos oportunos que acrediten dicha equivalencia¹²⁶.

Las principales ventajas del arbitraje en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito que nos ocupa son las siguientes, una mayor rapidez en la resolución de los conflictos al tratarse de un procedimiento más simple e informal, basado no obstante en unas garantías básicas como la audiencia, la oralidad y la contradicción, pero alejado de las rigidez procesal de los juzgados y tribunales, resolviendo la cuestión de manera jurídica por medio de la figura del árbitro, que llevará a cabo su resolución tanto con arreglo a derecho en ocasiones, como por medio de la equidad en otras, lo que permite alcanzar soluciones altamente técnicas, necesarias en conflictos específicos y complejos, y a la vez al igual que el resto de procesos extrajudiciales permite evitar la repercusión pública que pudiera suponer el conflicto, al permanecer en el marco del secreto profesional de aquellos que desempeñan la función arbitral, el arbitraje se ha venido conformando como una práctica que proporciona mayor confianza entre las partes; además cuenta con la garantía inherente a que el laudo produce efectos de cosa

¹²⁵ IBIDEM, pag. 86.

Art 7. De la Ley de 6 de mayo de 2004, nº 129 sobre "Normas para el desarrollo de la afiliación comercial"

¹²⁶ Los problemas entre franquiciador y franquiciado en el ejercicio de su actividad, entran dentro de las materias susceptibles de arbitrajes, en virtud del art 2 de la Ley de Arbitraje, serán susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho.

juzgada al igual que una sentencia judicial firme y que por tanto, puede ejecutarse judicialmente ¹²⁷.

¹²⁷ PEREZ MARTELL, R., OP.CIT, pags.88.

CONCLUSIONES

El desarrollo del trabajo nos lleva a las siguientes conclusiones:

- 1.El contrato de franquicia tal y como lo conocemos en la actualidad es el resultado de la suma de dos intereses mercantiles, que supo transcender el esquema contractual establecido en su momento, y posibilitar el aunar en una misma figura, tanto los intereses de expansión de la parte franquiciadora, como el deseo de iniciar una actividad de éxito probado por la parte franquiciada.
2. Como hemos podido llegar a establecer a lo largo del presente trabajo, y aunque sujeto a matizaciones doctrinales divergentes, podemos concluir que el de franquicia es un contrato complejo o atípico, (pues pese a que su existencia se encuentra recogida en el Ordenamiento, su contenido no se encuentra regulado, más allá del uso derivado de los pactos entre las partes que se ha convertido en costumbre), consensual, y sinalagmático, así como civil o mercantil según su objeto, mediante el cual, la parte franquiciadora proporciona a la franquiciada, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa o un servicio, con prestaciones accesorias previamente convenidas, a cambio del pago de cierto canon en unas condiciones y periodos igualmente fijados.
3. El principal elemento diferenciador del contrato de franquicia, respecto de aquellas figuras que presentan elementos similares (contratos de concesión, de colaboración, así como de licencia de marca), sin perjuicio del resto de diferencias analizadas en el cuerpo del trabajo, es la transmisión tanto de la explotación cierto tipo de derecho de propiedad intelectual o industrial (patente, marca, nombre comercial, rótulo), como de un determinado *know-how*, el cual se compone de una serie de conocimientos técnicos o comerciales resultantes de la experiencia del franquiciado y permanecen conservados de forma secreta, que en su conjunto aportan el verdadero valor a la franquicia, pues vienen a mejorar de forma significativa la producción, distribución de los productos, o la prestación de los servicios según el caso; y que al mismo tiempo mantienen el juego de sendos intereses mercantiles de las partes, pues están enfocadas a reproducir una fórmula empresarial por parte del franquiciado que permite a la empresa franquiciadora incrementar del mayor modo posible la integración de sus distribuidores, al mostrarse ante el consumidor como sucursales del franquiciador; dicho *know-how* ha de resultar esencial para el sistema de franquicias, ser perfectamente identificable, así como

permanecer bajo el control y la constante actualización de dichas técnicas por parte del franquiciador.

4. En referencia a las partes que suscriban el contrato, además de aquellos requisitos de capacidad propios de cualquier contrato mercantil, resulta imprescindible que en las mismas exista la consideración de empresario jurídicamente independientes en el momento de comenzar la ejecución cedida por el contrato, se garantiza de este modo que no pueda existir injerencia por parte del franquiciado en el ámbito de poder del franquiciador, además de condicionar la gestión independiente *ad intra* del negocio por parte del franquiciado, así como la asunción de la eventual responsabilidad a consecuencia de dicha gestión, sin perjuicio de que *ad extra*, la explotación de la franquicia derive en la obligación del franquiciado a la realización de determinadas actuaciones predeterminadas en el contrato, y la obediencia de las instrucciones que vengan a garantizar la salvaguarda de la identidad y uniformidad de la franquicia.

5. La regulación del contrato de franquicia que actualmente existe en nuestra normativa interna, se ha postulado como limitada e ineficaz, pues ha propiciado que se venga arrastrando una serie de confusiones entre la doctrina sobre el verdadero objeto del contrato, éste, es constituido por la franquicia en sí misma no por el servicio o productos que el franquiciado vaya a distribuir, por lo que si bien desde una visión económica sirve a la distribución de mercancías, o la prestación de servicios, su verdadera causa es la explotación de ciertos bienes inmateriales; por otra parte, la definición normativa, se devenga del mismo modo como ineficaz debido a que el funcionamiento real del contrato, se encuentra bajo la consideración de figura contractual mixta, lo que propicia tanto la imposibilidad de integrar la totalidad de las características de la figura, como de resolver los posibles problemas de cumplimiento o extinción de las mismas acudiendo a un único régimen normativo, sino que resulta necesario el acudir al régimen normativo de la sede jurídica a la que los mismos pertenezcan. No obstante, de una forma paralela la Jurisprudencia de Tribunal Supremo desde sus primeras sentencias al respecto ha venido estableciendo la determinación de las condiciones de ejecución del contrato, incluyendo los elementos de vigencia temporal y geográfica del derecho de explotación, así como la necesidad de que este se ejerza bajo el control del franquiciador.

6. Los contratos de franquicia son clasificados bajo multitud de criterios, tales como, la naturaleza de la actividad de la que es objeto el contrato, la forma de la misma, su origen y grado de desarrollo, o la participación financiera en la misma; pero a pesar de sus diferencias, en todos ellos se pueden extraer la esencia de las notas comunes del contrato.

7. El mencionado juego de intereses presente en cada uno de los elementos definitorios del contrato, ha propiciado el auge de los mismos, conformándose actualmente como un contrato habitual y presente en multitud de sectores, al cristalizar en las ventajas que pueden recibir ambas partes, así mientras que el franquiciador puede realizar una expansión controlada de su negocio de una forma rápida que además le permite mantener bajo control los gastos económicos, para el franquiciado supone la incursión en un negocio con un éxito probado, por lo que aquellos riesgos ligados al inicio de cualquier proyecto empresarial se ven minimizados.

8. Sin embargo, el desarrollo del contrato en la práctica, pone de manifiesto que el mismo se compone de un complejo clausulado, cuya inclusión o ausencia puede llegar a generar multitud de dificultades y fricciones entre las partes, debido a que estas establecerán el mismo buscando su conveniencia, lo que viene a generar normalmente inequidad entre las ventajas de las que dispondrán una y otra, derivada de la diferencia de poder en la capacidad negociadora, así como el perfil del franquiciado, que no siempre se corresponde con el de un empresario experimentado, lo que propicia que venga siendo habitual que el clausulado resulte cercano a un contrato de adhesión para el franquiciado.

9. La información precontractual resulta por tanto particularmente importante para el franquiciado, el legislador ha sido consciente de esta circunstancia y en consecuencia, garantiza su protección estableciendo las negociaciones como un periodo donde las partes no quedan obligadas en forma alguna, así como recogiendo en su normativa una serie de obligaciones que debe atender el franquiciador, tal y como entregar determinada información relevante por escrito, necesaria para que el interesado pueda tener conocimiento fundado sobre el cual decidir si integrar en su red, así como los elementos esenciales del contrato con una antelación previa a la firma de cualquier clase de contrato o de precontrato de franquicia, o a el depósito de cualquier pago por parte del futuro franquiciado. En el mismo sentido ha sido objeto de regulación como medida

prevista por el legislador la obligatoriedad a las empresas franquiciadoras, de la inscripción de las mismas en el Registro de Franquiciadores, que garantizará el acceso público a los datos relevantes del franquiciador.

10. La Jurisprudencia ha sido la encargada de analizar la problemática más usual que despliega clausulado de los contratos de franquicia durante las distintas fases en la vida del mismo , y a través de sus pronunciamientos generar en gran medida una regulación que confecciona el alcance y las posibilidades de dichas cláusulas, garantizando de este modo una seguridad jurídica, que permanece ajena y superior al poder negociador de las partes, en las relaciones de las mismas, tratando de garantizar tanto la protección de la calidad y la uniformidad de la red de franquicia, como la libertad en la gestión de su negocio y los beneficios del franquiciado; Aunque el éxito del contrato depende de multitud de factores, algunos de los mismos de difícil objetivación, tras el análisis del contrato de franquicia y la tendencia de su problemática, se puede corroborar la importancia que para lograr la realización de tal fin, genera la búsqueda de la mayor personalización posible del mismo, configurando un clausulado eficiente, y estableciendo de un modo equitativo, aquellos mecanismos que propician la prevención del oportunismo de una u otra parte; dicha personalización del contrato, también alberga aquellas vías de resolución extrajudiciales de resolución de conflicto al alcance de las partes, obviadas actualmente por la mayoría de contratos de franquicia, pero que potencialmente pueden generar soluciones más flexibles y específicas a la eventual problemática, que evite que se rompa la relación entre las partes, mejore su comunicación y la imagen de la red no se vea deteriorada.

BIBLIOGRAFÍA

-ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “*Franchising*”, en Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas Madrid, 1995.

-ALONSO SOTO, R., “*El Contrato de Franquicia*”, Curso de Derecho Mercantil II, Aranzadi, junio de 2007.

- “Los Contratos de Distribución Comercial”, Tirant lo Blanch, 2011

-Asociación española de franquiciadores(AEF). www.franquiciadores.com.

-BALCELLS L CABANAS, J.M., “*Protección territorial en los contratos de franquicia: las cláusulas apropiadas*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm. 905, 2015.

-BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J.G., “*La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*”, ESIC editorial, Madrid, 2002.

-BROSETA PRONT, M/MARTÍNEZ SANZ, F., “*Manual De Derecho Mercantil*”, VOL II, 23ª ED., Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

-CHULIÁ VICENT, E/BELTRÁN ALANDETE, T.,” Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos I”, ED., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

-CIEZA RENTERÍA, C. REDONDO MIRALLES, I.,” *Aproximación al régimen jurídico y práctico del contrato de franquicia (Primera Parte)*”, Estudio realizado en el marco de la asignatura Derecho Mercantil II (Curso 2000/2001) de la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Almería y dirigido por el profesor Dr. D. Carlos Vargas Vasserot.

-DE LAMO MERLINI, O., “*Aproximación a una perspectiva civil del contrato de franquicia*”. [Trabajo de curso] (No publicado) (2010), E-prints Complutense.

-DÍEZ-PICAZO, L/GULLÓN, A., “*Sistema de Derecho Civil*”, VOL II, Tomo II, 10ª ED., Editorial Tecnos, Madrid, 2012

-ECHEBARRÍA SAENZ, J.A,” *Comentario a la Sentencia de 14 febrero 1998*”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 47, Madrid, 1998.

-GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La franquicia”, TRIVIUM..S.A, 1991.

-JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J/ DÍAZ MORENO, A (Coords.), “*Derecho Mercantil*”, VOL V Contratación Mercantil 15ª ED., Marcial Pons, Madrid, 2013.

-LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “*El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)*”, ANALES DE DERECHO, Núm. 18, 2000.

-MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia”, Revista de Derecho Mercantil Núm 284/2012.

-MARTINEZ SANZ. F.,” De la actividad comercial en régimen de franquicia”, en Régimen jurídico general del comercio minorista: comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria. F. J Alonso Espinosa, F. J /Reverte Navarro. A/ López Pellicer. J/ Massaguer Fuentes. J (Coordinadores), McGraw-Hill, Madrid, 1999.

-MOREJÓN GRILLO, A.,” *El Contrato de Franquicia*”, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, www.eumed.net.

-PEREZ MARTELL, R., “El Arbitraje en el Contrato de Franquicia”, Dijusa, 2006.

-RIBÓ, A/ POCH, A., “Los peligros del contrato de franquicia y cómo mitigarlos”, *Economist & Jurist*, Año 2015, Vol. 23, Número 190.

-RUIZ PERIS J. I., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, en PIÑAR MAÑAS, J.L/ BELTRAN SÁNCHEZ, E. (DIR), comentarios a la ley de ordenación del

comercio minorista y a la ley Orgánica complementaria, CIVITAS EDICIONES S.L, Madrid, 1997.

-SÁNCHEZ CALERO, F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Instituciones de Derecho Mercantil”, VOL II, 37ª ED., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

-SANCHEZ GÓMEZ, R/ SUÁREZ GONZÁLEZ, I/ VÁZQUEZ SUÁREZ, L., “El diseño contractual de la relación de franquicia”, UNIVERSIA BUSINESS REVIEW, Tercer Trimestre 2008.

-TORRUBIA CHALMEDTA, B., “*El Contrato de Franquicia*”, Cuadernos de derecho y comercio, Núm. 54, octubre 2010.

-VICENT CHULIÁ, F., “*Introducción al Derecho Mercantil*”, VOL II, 23ª ED., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.